

A LEGISLAÇÃO ANTI-TERRORISTA NOS ESTADOS UNIDOS: UM DIREITO PENAL DO INIMIGO?*

JOHN A. E. VERVAELE

Professor de Direito Penal Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de Utrecht (Holanda) e Professor de Direito Penal Europeu no *College d'Europe*, Bruges (Bélgica).

Resumo: A administração Bush fez da luta contra o terrorismo a prioridade de sua política de justiça e segurança. Em que medida as liberdades constitucionais e as liberdades fundamentais foram substituídas pela segurança nacional? Este artigo pretende responder a esta questão através da análise do *Patriot Act* norte-americano, o qual consistiu em um importante pacote de legislação do Congresso, que alterou mais de 15 leis federais, desde a lavagem de dinheiro até a imigração. Além disso, o artigo trata das ordens presidenciais de emergência relativas à lista de terroristas e às sanções inteligentes, bem como sobre a criação de comissões militares para combatentes inimigos. Por fim, a contribuição trata sobre as ordens secretas do presidente relativas à espionagem doméstica e ao programa de entregas extraordinárias, de acordo com as quais os combatentes inimigos são abduzidos em países estrangeiros e transferidos para centros de detenção secretos. Muitos aspectos da legislação antiterrorista especialmente nos EUA foram verificados em ação judicial perante os Tribunais, conduzindo a várias decisões da Suprema Corte norte-americana sobre a situação de combatentes inimigos, a legalidade das comissões militares, a ausência de habeas corpus, etc. Finalmente, o artigo chama a atenção para a resposta do legislador relativa às decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente no *Military Commissions Act*, de 2006. O equilíbrio entre as liberdades civis e a segurança é o resultado de árdua luta entre as trias políticas. O resultado não é apenas importante para o campo da luta contra o terrorismo, mas também para a sobrevivência do Estado de Direito em tempos de emergência declarado.

Palavras-chave: direito penal, terrorismo, legislação antiterrorista, direito penal do inimigo

* Artigo publicado originariamente sob o título *The Anti-terrorist Legislation in the US: Criminal Law for the Enemies?* *European Journal Law Reform*, 8, 2006, p. 137-171; Tradução de Alexandra Krüger e Revisão pelo Prof. Dr. Odone Sanguiné da Faculdade de Direito da UFRGS. O material empregado neste trabalho foi obtido durante um "*Adjunct Professorship all'American Law School*" da *Universidade de Washington*, em 2003. A pesquisa foi atualizada e contém referências que vão até o dia 30 de junho de 2007.

Abstract: The Bush administration has made the fight against terrorism a top priority of its security and justice policy. To what extent have the constitutional liberties and fundamental freedoms been traded for national security? This article answers this by analyzing the USA Patriot Act, a major piece of legislation of Congress amending more than 15 federal laws, from money laundering to immigration. Furthermore, this article deals with the presidential emergency executive orders on the terrorist list and smart sanctions and on the establishment of military committees for enemy combatants. Finally this contribution deals with the secret orders of the president, concerning domestic spying and the extraordinary rendition programme, by which enemy combatants are abducted in foreign countries and transferred to secret detention centers. Many aspects of the special anti-terrorist legislation in the USA have been tested by judicial action before the Courts, delivering several US Supreme Court decisions on the status of enemy combatants, on the legality of the military committees, on the absence of habeas corpus, etc. Finally, this article draws attention to the response of the legislator to decisions of the Supreme Court, especially on the Military Commissions Act of 2006. The balance between civil liberties and security is the result of a tough struggle between the trias politica. The result is not only important for the field of counterterrorism but also for the survival of the rule of law in times of declared emergency.

Keywords: criminal law, terrorism, anti-terrorism legislation, enemy criminal law

1. Introdução

Desde 11 de setembro de 2001 os temas relacionados com a segurança e o terrorismo têm dominado, como nunca, os meios de comunicação nos Estados Unidos. Com as guerras do Afeganistão e Iraque, e as consequências que delas derivaram, a luta global contra o terrorismo permanece nas primeiras páginas. Nos Estados Unidos, o interesse na política interna da primeira administração Bush, em matérias de segurança e terrorismo, aumentou notavelmente. Caberia perguntar qual era a informação que dispunha o governo a respeito do perigo de que se produzíssemos os ataques de 11/09. Os casos judiciais contra suspeitos de terrorismo e a consequente aplicação da nova legislação antiterrorista despertam questionamentos acerca da supremacia dos princípios da segurança nacional em detrimento da Constituição e dos direitos civis reconhecidos no *Bill of Rights*.

No primeiro ano imediatamente após 11 de setembro, o apoio público às reformas citadas e à legislação de emergência foi indiscutível: a flexibilização do princípio da legalidade em função de uma segurança maior foi amplamente respaldada. Todavia, a atuação e o modo como o executivo se esquivou do poder legislativo e judiciário na hora de pôr em prática essas medidas diminuiu notavelmente esse apoio da opinião pública. O tom dos meios de comunicação de qualidade tem se tornado crítico e o Congresso reclama ao Governo informações sobre seu proceder na política antiterrorista. Surgem interrogações sobre a informação de que dispunha o governo antes dos ataques e a efetiva necessidade de ampliar os poderes executivos na luta contra o terrorismo, assim como pendem dúvidas sobre a crescente influência do serviço de *intelligence* na aplicação da lei penal. Por qual motivo o

FBI e a CIA não trocaram reciprocamente informações antes do 11 de setembro? Por que a administração de Bush se nega a dar informações relativas às detenções e expulsões levadas a cabo depois do 11 de setembro? Eram verdadeiramente necessárias as limitações essenciais realizadas nos direitos civis, o paralelo aumento dos processos secretos (detenção secreta e julgamento baseado em provas secretas) e o direito penal preventivo?

Os políticos põem em dúvida a confiabilidade da informação e destacam que a guerra no Iraque tem avivado ainda mais o debate. Entrementes, alguns críticos afirmam que a democracia e o Estado Constitucional estão morrendo, silencioso, lentamente. Pode-se dizer que o executivo utilizou os ataques de 11 de setembro para estabelecer *de iure et de facto* um Estado de polícia que suspendeu o funcionamento do estado constitucional até nova ordem? O Congresso e o Poder Judiciário ficaram excluídos? A luta contra o terrorismo não só deu lugar a duras críticas¹, como também à aparição de oposição política. Tudo isso conduziu a que, em numerosos Estados, as autoridades locais rechaçassem a aplicação de parte da legislação antiterrorista e sustentassem que, com o *Attorney General* Ashcroft, a política de segurança nacional passou a ser o objetivo principal da política judicial, em prejuízo dos direitos civis e das garantias constitucionais.

Os ataques de 11 de setembro e a posição adotada pelos Estados Unidos em matéria antiterrorista tiveram consequências na Europa². Muitos países europeus adotaram legislações especiais antiterroristas ou endureceram significativamente as leis já existentes³. A União Europeia acelerou a adoção da decisão-marco sobre harmonização da legislação penal em matéria de terrorismo e sobre o mandado de prisão e elaborou um vasto projeto de ação antiterrorista⁴.

Os juízes, nacionais⁵ e supranacionais⁶, devem confrontar-se com as medidas de emergência. Depois dos ataques ferroviários a Madrid, de março de 2004 e Londres de julho de 2005, existe o risco real de que a União Europeia se sirva da experiência americana para elaborar uma política de segurança europeia⁷. Até agora, a União Europeia se limitou a acelerar o programa existente⁸; porém, não há dúvida de que a União prepara modificações

¹ Conforme, entre outros, DWORKIN, R. *The real threat to US values*, *The Guardian*, 9 de março de 2002; DWORKIN, R. *The Threat to Patriotism*, *New York Review of Books*, 28 de fevereiro de 2002.

² Para uma análise mais profunda da questão cf. FIJNAUT, C.; WOUTERS, J.; NAERT, F. (eds.), *Legal Instruments in the Fight against International Terrorism. A Transatlantic Dialogue*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2004.

³ Vide, por exemplo, o *Anti-terrorism, Crime and Security Act* (ASTA), da Inglaterra, disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/contents>>.

⁴ WOUTERS, J.; NAERT, F. Of Arrest Warrants, Terrorist Offences and Extradition Deals: An Appraisal of the EU's Main Criminal Law Measures against Terrorism after "11 Septiembre", *Common Market Law Review*, 41:909-935, 2004.

⁵ Vide, por exemplo, os pronunciamentos contidos na *Lords of Appeal* de la *House of Lords for Judgment* na causa A e X contra o *Secretary of State for the Home Department*, 16 de dezembro de 2004, disponível em <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm>>.

⁶ WARBRICK, C. *The principles of the European Convention on Human Rights and the Response of States to Terrorism*, E.H.R.L.R., 2002, 287-314; P.LEMMENS, *Respecting Humans Rights in the Fight against Terrorism*, em FIJNAUT, C.; WOUTERS, J.; NAERT, F. (eds.), *op.cit.*, p. 223-250; CASSEL, D. *Human Rights and the Unites States Response to 11 September*, em FIJNAUT, C.; WOUTERS, J.; NAERT, F. (eds.), *op.cit.*, p. 251-198.

⁷ Vide a declaração do Conselho da Europa sobre o terrorismo de 25 de março de 2004, disponível em <<http://www.statewatch.org/news/2004/mar/eu-terr-decl.pdf>>.

⁸ Disponível em <<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/05/272&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>.

importantes como, por exemplo, favorecer o fluxo de informação entre corpos de *intelligence*, corpos policiais e corpos judiciais, pondo em perigo o *habeas data* (direito à privacidade⁹). Os estudiosos e aqueles que aplicam o direito penal europeu deverão valorar em que medida foram modificadas as garantias fundamentais do Estado Constitucional para garantir a segurança nacional e em que medida isso incidiu sobre o direito penal material e processual e sobre a legislação especial.

Esse trabalho busca, precisamente, indicar os antecedentes que explicam a atual legislação antiterrorista, à luz da aplicação que os Estados Unidos fizeram no passado da legislação especial. Em segundo lugar, se examinam as linhas essenciais da legislação antiterrorista e, por último, se analisa a legislação do Congresso, dos Decretos presidenciais e das diretrizes da atuação do *Departamento de Justiça*.

2. O 11 de setembro de 2001 e a aprovação da *Lei antiterrorismo*

Em 14 de setembro, pouco depois dos ataques de 11 de setembro a edifícios emblemáticos como as *Twin Towers* de Nova Iorque e o Pentágono – presumivelmente, também a Casa Branca em Washington D.C., o presidente Bush decretou, com caráter retroativo, o estado de emergência nacional¹⁰, recorrendo para isso ao disposto na *National Emergencies Act*.¹¹ Essas agressões não foram definidas, em um primeiro momento, como delito, mas como atos de guerra provenientes de agressores estrangeiros, para deixar claro, desse modo, qual era sua posição. Em pouco tempo, o *Attorney General Ashcroft* se encarregou de difundir que as novas atribuições do *Departamento de Justiça*, no âmbito do terrorismo, teriam fundamentalmente natureza preventiva. Nesse sentido, em 17 de setembro de 2001, o Departamento de Justiça aprovou uma nova proposta de lei sobre terrorismo (a Lei de Mobilização Contra o Terrorismo¹²). Esta proposta constituiu a base para a redação de um texto por parte da Câmara dos Representantes, em 2 de outubro, e pelo Senado, em 4 de outubro. O citado texto foi incorporado pelo presidente do Senado à proposta de lei com o nome simbólico de *USA Patriot Act* (USAPA). A proposta (H.R. 3162) foi ratificada pela Câmara de Representantes em 23 de outubro e votada no dia seguinte, sendo o resultado da votação o de 357 votos a favor e 66 contra. Em 25 de outubro o Senado aprovou, sem emendas, a proposta por 98 votos a 1. Finalmente, em 26 de outubro, o Presidente converteu em lei.

O *Patriot Act* é uma lei extensa e complexa que introduz modificações substanciais em 15 leis federais e que confere extraordinários poderes executivos a estruturas operativas de controle e aos serviços de inteligência. Não obstante, apesar da complexidade de muitas de suas normas e sua incidência sobre valores constitucionais, foi aprovada pelo Congresso através de um procedimento de urgência, sem debate nem emendas dignas de destaque. Embora o documento tenha incorporado propostas anteriores a 11 de setembro, estas assumiram um papel claramente secundário no debate do Congresso, sobre tudo porque uma

⁹ Disponível em <<http://www.statewatch.org/news/2005/sep/com-data-protection-prop.pdf>>; *Draft framework Decision on simplifying the exchange of information and intelligence*, Council of the EU, 10215/04, 4 June 2004.

¹⁰ Declaração n.º.7463, 66 Reg. Fed. 48,199 (14 de setembro de 2001)

¹¹ Constituição dos Estados Unidos (a partir de agora USC), Sec. 1631 (1994)

¹² Vide <http://www.eff.org/Privacy/Surveillance/20010919_mata_bill_draft.html/Terrorism_militias/son-of-patriot.draft.pdf>.

ampla maioria as considerava letais para os direitos civis e, inclusive, colocavam em dúvida sua compatibilidade com a Constituição. Na realidade, a proposta foi negociada pelo Governo e um grupo heterogêneo de membros do Congresso em três semanas. O *Attorney General Ashcroft* solicitou ao Congresso sua aprovação imediata e incondicional, alegando a iminência de novos ataques que foram anunciados pelo FBI em 11 de outubro.

Apesar da importância do *Patriot Act*, nem a legislação de emergência, nem a legislação antiterrorista são uma novidade nos Estados Unidos. A legislação antiterrorista da administração Bush I não se criou em um vácuo. Já a administração Regan e Clinton construiu uma política nesse sentido¹³. A legislação antiterrorista da administração Bush está elaborada sobre quatro fachadas. Há a lei formal, o *Patriot Act* do Congresso, os decretos presidenciais, as diretivas internas do AG Ashcroft¹⁴ e, por fim, os decretos secretos do presidente.

3. Análise do *Patriot Act*¹⁵

A *Patriot Act* consta aproximadamente 350 páginas e dez títulos que modificam umas 15 leis federais já existentes, entre elas, o *Wiretap Statute*, o *Computer Fraud and Abuse Act*, o *Foreign Intelligence Surveillance Act*, o *Pen Register and Trap and Trace Statute*, o *Immigration and Nationality Act*, o *Money Laundering Act* e o *Bank Secrecy Act*. A complexidade do documento é, sem dúvida, o que impediu que até o momento se publicasse, nos Estados Unidos, um trabalho que examine de forma detalhada o *Patriot Act* e que o analise de forma completa. Ainda que o que resultou modificado seja notável, a chave da reforma se encontra frequentemente nos pequenos detalhes.

Em abril de 2003, o Comitê Jurisdicional da Câmara dos Representantes¹⁶ encaminhou ao *Departamento de Justiça* um largo elenco de questões relativas a problemas probatórios e a resposta que obtiveram oferece, em muitos casos, uma informação valiosa sobre a aplicação da lei¹⁷. Tudo isso será amplamente analisado nos seguintes tópicos.

3.1. Intercepção de comunicações, de fluxos eletrônicos e digitais e de registros¹⁸

As disposições relativas à interceptação e sequestro de comunicações informáticas e eletrônicas consistem, em regra geral, na modificação de normas já existentes (Direito

¹³ Conforme Vervaele, J.A.E. *La legislación antiterrorista en Estados Unidos: Inter Arma Silent Leges?*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007, 128 p.

¹⁴ Cfe. Vervaele, J.A.E. *La legislación antiterrorista en Estados Unidos : Inter Arma Silent Leges?*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007, 128 p.

¹⁵ Incluíram-se alguns aspectos importantes do Direito penal da *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act*, de dezembro de 2004 (IRTPA). A reforma da *Intelligence Community* não foi incluída na análise acometida neste trabalho.

¹⁶ Vide a carta do Representante do *Attorney General* F. James Sessenbrenner Jr. e John Conyers do Comitê judicial da Câmara dos Representantes do *Attorney General Ashcroft*, que inclui 50 complexas questões concernentes, sobretudo, aos seguimento eletrônico, às leis de imigração e ao terrorismo.

¹⁷ Para as perguntas e as respostas vide «<http://www.house.gov/judiciary/patriot040103.htm>».

¹⁸ Vide «<http://www.eff.org/Privacy/Surveillance/CALEA/>», para ver a legislação e os delitos citados.

processual penal federal, FISA e direito penal substantivo federal), e serão analisadas, portanto, no marco de um contexto mais amplo¹⁹.

Até os anos sessenta, o controle judicial do uso dos poderes de investigação era um dos temas na jurisprudência da Suprema Corte, em particular com relação à quarta emenda (cláusula de autorização judicial). A quarta emenda estabelece expressamente que a autorização pode ser obtida somente quando se disponha de elementos probatórios suficientes para manter a acusação.

No caso *Katz contra Estados Unidos*²⁰, a Suprema Corte estabeleceu que a autorização judicial era, como regra geral, necessária para realizar a interpretação, salvo nas hipóteses que possam afetar à defesa nacional.

No caso *Berger contra New York*²¹ a Suprema Corte dispôs que a autorização para executar uma interceptação telefônica deveria ser suficientemente concreta, pelo menos em relação ao objeto e à duração.

Em 1968 o legislador regulou esta matéria no Título III do *Omnibus Crime Control and Safe Secret Act*. A citada lei estabeleceu as condições para obter a autorização. Se exigia, em todo caso, que os órgãos policiais fossem capazes de demonstrar a existência de suspeitas probatórias suficientes, em um *affidavit*²², para manter a acusação²³. A regra geral se situou, portanto, na necessidade de autorização, embora existissem numerosas exceções²⁴. Mas ainda nas hipóteses de interceptação sem autorização se exigia que esta – a interceptação – tivesse sido realizada de forma razoável, somente era admissível a exceção quando o agente que realizara a investigação dispusera de elementos probatórios suficientes, capazes de justificar a interceptação²⁵. A lei estabelecia expressamente, entretanto, que a matéria nela contida não limitava os poderes presidenciais para adotar alguma medida necessária, a seu critério, para proteger a nação de ataques reais ou potenciais ou de outros atos hostis provenientes de forças estrangeiras, para obter da *intelligence* estrangeira informação considerada essencial para a segurança dos Estados Unidos ou para proteger informação concernente à segurança nacional da atividade desempenhada pelos serviços estrangeiros de *intelligence*²⁶. Em suma, uma

¹⁹ Para um panorama exhaustivo vide KERR, O.S. Internet Surveillance law alter the USA Patriot Act: The Big Brother That Isn't, 97 *Northwestern University Law Review* [Nw. U. L. Rev.], p. 607.

²⁰ *Katz versus United States*, 389 US 347 (1967).

²¹ *Berger versus New York*, 388 US 41 (1967).

²² O *affidavit* pode se basear em elementos obtidos de um informador cuja identidade permanece secreta, sempre que o agente tenha sido interrogado e ouvido em juízo.

²³ As agências executivas de controle devem ter fundados motivos para reter a informação relevante com fins investigativos. Na determinação dos elementos probatórios suficientes, a Suprema Corte emprega um procedimento bifásico. A saber, primeiro se examina a situação de fato que deu origem à aplicação da medida, posteriormente (sucessivamente), se valora se o fato pode convencer a um “agente imparcial” de que foi cometido um delito, e que sua investigação requererá elementos que demonstrem, com toda probabilidade, que o delito foi cometido e que, no lugar indicado, se encontra a prova (*Searching and Seizing Computers and obtaining electronic Evidence in criminal investigations, Search and Seizure Manual, Department of Justice*, junho de 2002).

²⁴ Vide METZLER, T. P. *et ali*. Warrantless searches and seizures, 89 *Geo L. J.* 1084, 2001, e BECK, S.M. *Overview of the Fourth Amendment*, 89 *Goergtown Law Journal* [Geo.L. J.] 1055, 2001.

²⁵ *Draper versus. United States*, (1959).

²⁶ 18 USC Sec. 2511 (3).

interceptação sem autorização é sempre possível quando se trata de investigações nacionais ou internacionais cuja finalidade seja salvaguardar a segurança nacional.

Em 1972, no caso *Keith*²⁷, a Suprema Corte interpretou que a Constituição considerava obrigatória a autorização quando “a investigação era realizada sobre nacionais e não existiam conexões relevantes com uma potência estrangeira”. O legislador assumiu a recomendação e, em 1978, se introduziu a nova vigilância FISA²⁸ que permite interceptar as comunicações, sem autorização, de “potencias estrangeiras e de seus agentes”. Segundo dispõe a citada norma, para interceptar as comunicações de cidadãos americanos ou residentes nos Estados Unidos deveria ser obtida uma autorização de um tribunal secreto FISA. Nesse sentido, cabe destacar que, no período entre a entrada em vigor de FISA (1978) e o 1º de setembro de 2001, esta possibilidade foi utilizada 47 vezes; ao passo que, no curto período de tempo que compreende de setembro de 2001 a finais de 2002, foi utilizada em 113 ocasiões²⁹.

Por outro lado, em relação ao debate que suscita a possibilidade de se obter informação eletrônica ou digital no curso de uma investigação, deve-se fazer algumas considerações. Em primeiro lugar, resulta essencial distinguir entre o conteúdo informativo e os dados de tráfico identificativos da informação, o que poderia equivaler à diferença entre carta e envelope. Outra das questões polêmicas se situa na decisão sobre se o acompanhamento – vigilância – deve ser realizado em tempo real ou pode-se referir a acontecimentos futuros (interceptação telefônica) ou passados (acesso à informação guardada, por exemplo, em um e-mail ou em um registro de voz). Por último, deve também distinguir-se entre vigilância direta do provedor de serviços ou do operador do sistema informático ou o acompanhamento direto por parte dos órgãos policiais (através da busca de dados, interceptações...).

O Título I do *Patriot Act* modifica algumas questões relativas aos poderes de investigação tanto no sistema processual penal federal ordinário (Título III do *Crime Control Act*) como no direito penal substantivo e processual em matéria de segurança FISA. Em ambos sistemas se distingue entre ordens de interceptação, ordens *pen/trap* e ordens de exibição e autorização da investigação. Em relação a essa questão deve-se assinalar que o *Patriot Act*, no Título II, amplia notavelmente a possibilidade de investigação digital, sem exigir em todas as hipóteses a autorização judicial. Só recentemente os políticos de Washington têm-se revelado contrários à extensão dos poderes de investigação outorgada por esta norma, já que essa possibilidade não fica limitada às hipóteses de terrorismo³⁰.

Para concluir, cabe mencionar que a IRTPA (2004) ampliou posteriormente o âmbito de aplicação da FISA, ao incluir na definição de terrorismo todos os atos preparatórios³¹.

²⁷ United States *versus* US District Court(Keith), 407 US 297 (1972).

²⁸ A *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) define a inteligência estrangeira como “a informação relativa à capacidade, propósito ou atividade dos governos estrangeiros ou seus componentes, organizações estrangeiras, sujeitos estrangeiros ou atividade de terrorismo internacional” (50 USC Sec. 401 [a]).

²⁹ Justice Department Lists Use of New Power to Fight Terror, *The New York Times*, 21 de maio de 2003.

³⁰ Conf. LICHTBLAU, E. US uses terror law to pursue crimes from drugs to swindling, *The New York Times*, 27 de setembro de 2003.

³¹ Seção 6001.

3.1.1. Ordens de interceptação e interceptações telefônicas³²

No sistema processual comum é necessária uma autorização para escutar conversações alheias, para colocar micro-escutas (interceptação com aparelhos eletrônicos) e para realizar interceptações telefônicas (ou seja, para acessar em tempo real o conteúdo de uma conversa), e de fato essa autorização é concedida em 99% dos casos³³. O juiz pode conceder uma autorização unicamente em relação a uma lista detalhada de delitos, deve também comprovar que existem indícios suficientes de que a pessoa suspeita cometera um delito e, por último, deve também exigir que o método de investigação a ser autorizado é o adequado para obter a prova. Em um prazo de 30 dias os órgãos que realizam a investigação devem pô-la à disposição do juiz, o qual poderá conceder uma prorrogação de mais 30 dias. É possível realizar interceptações ao vivo ou telefônicas sem autorização quando o agente que realiza a investigação está especificamente autorizado e considera que se encontra em uma das seguintes situações de emergência: (a) perigo imediato de morte ou lesões físicas, (b) atividade de conspiração que supõe uma ameaça à segurança nacional, (c) atividade de conspiração própria do crime organizado, (d) e se a interceptação for autorizável – porque se cumprem os requisitos legais para isso. Em tais hipóteses o juiz deverá autorizar a interceptação de emergência a posteriori, nas 48 horas seguintes à sua realização. O *Patriot Act* acrescenta à detalhada lista de delitos que requerem uma autorização o terrorismo, a fraude informática e o abuso informático (Sec. 201). Delitos como o homicídio, a detenção ilegal ou o sequestro de pessoas já faziam parte da lista, mas tendo em vista a ampla definição de terrorismo³⁴ contida no *Patriot Act*, o âmbito aplicativo dos citados delitos acabou indiretamente ampliado.

O *roving wiretaps*³⁵ se transformou em uma regra geral. Não é necessário especificar nem a localização nem os instrumentos de transmissão que foram interceptados (Séc. 206), basta indicar o sujeito objeto da investigação para todos os meios de comunicação que este possa utilizar caíam sob a medida. O *roving wiretaps* pode ser utilizado sempre que se prove que a pessoa que se quer investigar “tentou evitar a interceptação trocando de instrumento de transmissão”. Na prática, até a presente data, o *roving wiretaps* tem sido frequentemente autorizado sem realizar comprovações particulares.

Para os dados registrados, como mensagens de voz ou e-mails, o *Patriot Act* não exige ordens de interceptação (vide infra. Anexo 4.3.4); nem sequer se exige a autorização para a interceptação de comunicações de sujeitos suspeitos de haver cometido abusos informáticos (Séc. 217). A Sec. 202 permite interceptar as comunicações *on-line* quando se trata de violações da *Computer fraud and abuse Act*, por exemplo, na luta contra os *hackers* que sabotam teleconferências.

Segundo o direito processual penal da FISA³⁶, o *Attorney General* pode limitar-se a declarar que a razão que motivou a ordem de interceptação se encontra no fato de que o

³² Título I, ordem (Título III, do *Omnibus Crime Control and Safe Street Acts*, de 1968), 18 USC Sec. 2510- 2522.

³³ Vide «<http://www.uscourts.gov/wiretap01/table701.pdf>».

³⁴ Vide *infra*, item 4.4.

³⁵ 18 USC Sec.2518 (11)(a) y (b).

³⁶ 50 USC Sec. 1801-1811.

objetivo é uma potência estrangeira ou um agente de uma potência estrangeira. A ordem de interceptação deve especificar quem é o destinatário e os lugares onde se vai realizar a vigilância. Tais ordens são expedidas pelos juízes FISA, que decidem a partir de provas secretas com uma margem limitada de discricionariedade: a decisão é secreta e tem uma validade de 90 dias – embora possa chegar a ter uma vigência de um ano – não sendo, em nenhum caso, necessário informar da interceptação aos juízes FISA. O *Patriot Act* estendeu, de forma notável, o âmbito de aplicação desta medida, uma vez que todos os meios de comunicação que utilize o suspeito podem ser interceptados, e o que realiza a interceptação não deve ser identificado na solicitação nem na ordem de interceptação. Deste modo, na aplicação da FISA, o *roving wiretaps* pode ser autorizado por um período de 120 dias (Séc. 206-207). Além do mais, é suficiente para obter sua aplicação que o *Attorney General* declare que se trata de “um objetivo significativo”, em lugar de “o objetivo”. Esta circunstância permite suavizar os requisitos da FISA e flexibilizar as exigências legais nesta matéria.

3.1.2. Ordem *pen/trap*³⁷

Desde 1986 o *Pen Register and Trap and Trace Statute* regula o acesso e coleta de dados *non-content* no sistema processual comum. Mediante uma ordem *pen/trap*, por exemplo, se podem identificar os números de telefone de todas as chamadas efetuadas a partir de um número de telefone determinado ou as chamadas destinadas a ele. Para obter uma dessas ordens é suficiente declarar ao juiz que a informação é importante para realizar uma investigação em curso. A autorização pode abranger inclusive pessoas distintas do suspeito, terceiros e, em tal caso, não se requer que tal circunstância seja comunicada ao juiz. Pelo contrário, quanto à possibilidade de decretar ordens *pen/trap on line*, a jurisprudência é contraditória.

O *Patriot Act* reconhece expressamente a possibilidade de aplicar estas ordens às redes eletrônicas. Deste modo, será possível, por exemplo, acessar endereços de e-mail, endereços IP e endereços IP remotos³⁸. As ordens *pen/trap* são *non-content*, mas ainda se discute o âmbito de aplicação desta informação *non-content* no âmbito da delinquência informática. Toda a informação relativa aos dados de conexão, endereços, localização, destino e origem dos e-mails entra no âmbito da ordem, assim como as buscas na rede. O objeto da mensagem do e-mail segue sendo informação *content*. Na verdade, parece claro que a informação que se pode obter através das ordens *pen/trap* se limita a dados (o nome, o endereço...), mas podem referir-se também a elementos como a duração, a data, a posição ou tipo de serviço prestado pelo servidor, o número de conta e a forma de pagamento dos mesmos e pode, enfim, incluir também, informação pessoal relativa a dados sensíveis.

O *Patriot Act* (Seção. 220) não respeita a regra essencial segundo a qual o juiz apenas pode emitir ordens no âmbito de sua jurisdição. Como é sabido, as comunicações passam frequentemente através de provedores concorrentes de redes fixas ou móveis, com sede registrada em diversos Estados americanos. Na atualidade, não necessitam nada mais que a ordem *pen/trap* identifique os provedores para que a ordem tenha efeito em todo o país. O

³⁷ 18 USC Sec. 3121-3127.

³⁸ O *Internet Protocol address* é o endereço que dá o provedor ao que o utiliza. A direção IP é o identificador do cliente no logging in com o provedor.

FBI pode, inclusive, instalar nos provedores de serviço seu instrumento *pen/trap* sem que isso exija autorização judicial.

No procedimento penal FISA, os pressupostos para autorização de uma ordem *pen/trap* são mais rígidos que os dispostos no direito penal comum. Não é suficiente, para decretá-la, que a informação se revista de importância para um procedimento em curso, mas é também necessário provar que o meio de comunicação foi utilizado para contatar “um agente de uma potência estrangeira”. O legislador quis evitar que os cidadãos americanos fossem submetidos, de forma desmesurada, a ordens *pen/trap* secretas. Contudo, com o *Patriot Act* (Seção. 214), na atualidade, é possível autorizar uma ordem *pen/trap* quando o objeto da investigação guarda relação com “informação secreta estrangeira” e não atinge a um cidadão americano. Nos casos em que se refira a um cidadão americano, para que se possa adotar uma medida dessa natureza, o objetivo da citada ordem deve ser o da luta contra o terrorismo internacional ou a atividade clandestina, sob a condição da decretação da ordem não afete exclusivamente a aplicação da primeira emenda (liberdade de expressão). Ainda assim, nessas hipóteses o critério base para sua decretação é o da verificação de um “objetivo significativo” e não meramente “do objetivo” (Seção 218).

3.1.3 Ordem de exibição de dados

Numerosas leis especiais preveem a possibilidade de emitir ordens de exibição, cujo descumprimento acarreta a imposição de uma sanção ao transgressor. O *Grand Jury* dispõe de poderes para decretá-las, segundo o direito processual penal federal, sem exigir, para isso, fundados indícios de culpabilidade. A aplicação de dita ordem de exibição aos dados eletrônicos (e-mail, o menu do escritório, as transações levadas a cabo sob a supervisão de *provedores de serviços*) tem sido objeto de controvérsia devido ao silêncio que, sobre esta questão, guarda o *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA).

O *Patriot Act* modificou a ECPA (Seções 209-210) no seguinte sentido: de agora em diante podem ser utilizadas as ordens de exibição não somente para obter alguma informação (detalhes pessoais, meios de pagamento, etc.) relativa aos clientes dos provedores de serviços, mas também para obter dados conexos (como números de cartões de crédito, de contas bancárias, endereços IP e IP remotos). Isso também resulta igualmente aplicável a todas as comunicações via internet. Não é necessário, para isso, que ocorram elementos probatórios suficientes para sustentar uma acusação em Juízo, de modo que descobrir a identidade de um usuário resulta extremamente fácil para órgãos policiais administrativos. Este instrumento (a ordem de exibição de dados) é utilizado, na prática, com frequência, para se obter informação relativa à duração do acesso, às direções de rede acessadas de forma temporal sem autorização judicial (IP móveis). Deste modo, podem ser examinados os e-mails escritos e as mensagens de voz gravadas, é dizer, tanto a informação eletrônica como telefônica. Antes da entrada em vigor do *Patriot Act* era necessário, na aplicação do *wiretap statute*, autorização para interceptar os e-mails de voz. Frente a essa situação, a atual regulação apresenta ainda outra vantagem, posto que agora podem ser controlados todos os MIME (*Multipurpose Internet Mail Extensions*), o que compreende todos os e-mails, de dados, mensagem ou voz.

Além disso, o *Patriot Act* (Sec. 211) colocou a sociedade via cabo, que agora inclui também serviços de e-mail e telefonia, no mesmo plano que a sociedade de telefonia e internet; quando na realidade o acesso à informação da sociedade via cabo era muito limitado. De fato, nos procedimentos nos quais cabe à acusação pública demonstrar que existem

“provas claras e persuasivas” de que o autor da comunicação era “razoavelmente suspeito de estar envolvido em uma atividade ilícita” se exigia, segundo dispunha o *Cable Act*, um nível probatório mais elevado em relação à suficiência dos indícios. Se é certo que o usuário devia ser informado e passa a ser parte no processo, também é certo que, na aplicação da Seção 212, os provedores de serviços podem agora transmitir, por iniciativa própria, informação *non-content* aos agentes judiciais em situações de emergência com perigo para a vida. Os dados *content* já podiam ser transmitidos.

Segundo dispõe o procedimento penal FISA, as ordens de exibição exigem sempre uma autorização judicial, na qual se deve provar, sem que seja necessária a existência de indícios fundados, que o destinatário era uma potência estrangeira ou um agente de uma potência estrangeira. De fato, a aplicação das ordens de exibição se limitava a agências de viagem, sociedades de transporte, etc. Mas a Sec. 215 do *Patriot Act* estendeu novamente o âmbito de aplicação das ordens FISA até compreender “todas as coisas tangíveis” incluindo, por exemplo, o balanço societário. Contudo, é ainda necessária a autorização judicial mas, para obtê-la, é suficiente demonstrar que a informação é importante para investigação em curso, aberta por um delito de terrorismo (critério de relevância)³⁹, ou para obter informação sobre potências estrangeiras ou seus agentes. Não é necessário, contudo, que o destinatário da ordem FISA se encontre envolvido na atividade ilícita, sendo suficiente que ele possa trazer informação relevante. As ordens FISA se aplicam também aos cidadãos americanos. Neste caso, a investigação não pode se referir exclusivamente à informação referente à primeira emenda.

Por outro lado, o Congresso tem conferido ao Departamento de Justiça a possibilidade de enviar cartas às empresas, ao abrigo da tutela da segurança nacional, para que lhe transfiram informação relativa às suas transações financeiras, comunicações telefônicas, e-mails⁴⁰; estabelecendo-se de forma paralela a proibição de que essas informem aos seus clientes sobre a transferência de informação.

3.1.4 Mandado de Registro⁴¹

No sistema processual comum, o registro exige uma autorização a qual, por sua vez, pressupõe a existência de indícios probatórios suficientes. Uma recente jurisprudência da Suprema Corte autorizou, em muitas hipóteses, exceções a este requisito, assim como admitiu que um pequeno adiamento na notificação do registro é compatível com a quarta emenda. O *Patriot Act* (Sec. 213) estendeu a exceção ao *knock and announce* (regra de pré-aviso), o que pode conduzir ao *sneak and peek* (mandado secreto), e converter-se esta na regra

³⁹ Esta modalidade de investigação é a empregada e regulada nas *AG Guidelines for FBI Foreign Intelligence Collection and Foreign Counterintelligence Investigations*, que devem ser aprovadas em aplicação da ordem executiva n. 12333 (vide *Infra*. Afastado 5). No momento, estas recomendações são secretas.

⁴⁰ Poder fundado em USC Sec. 3414 (a)(5)(a) (*Right to Financial Privacy Act*), 15 USC Sec. 1681u y 1681v (a) (*Fair Credit Reporting Act*) e 50 USC Sec. 436(a).

⁴¹ Recomendações dadas pelo *Attorney General* sobre o método de obter a documentação em mãos de terceiros, 28 CFE parte 59.

para os delitos de terrorismo⁴². O *sneak and peek* se refere principalmente ao registro⁴³, mas se aplica ao confisco⁴⁴ e é utilizado também para infiltrar-se no computador. O *Patriot Act* põe fim à amálgama de normas e precedentes relativos ao *sneak and peek*⁴⁵, estabelecendo um critério geral segundo o qual o aviso de registro pode ser adiado se “os juízes considerarem que ocorrem elementos razoáveis para crer” que o aviso preventivo poderia comportar um perigo à pessoa interessada, para as testemunhas, invalidar provas, obstruir a investigação, um perigo geral de fuga, etc. O atraso é admitido sempre que dure um período de tempo razoável, que na prática costuma ser de noventa dias prorrogáveis.

Em julho de 2003, a Câmara dos Representantes rechaçou, com uma maioria surpreendente, os poderes de *sneak and peek* previstos no *Patriot Act*⁴⁶. O *Attorney General* iniciou imediatamente uma campanha dirigida a obter o apoio para manter esse poder, mas a comissão encarregada no Senado desta matéria está ainda discutindo a proposta.

Segundo dispõe o art. 41(a) da norma federal de processo penal, é necessário um mandado de registro para cada distrito. Contudo, na aplicação da Sec. 218 do *Patriot Act*, os mandados de registro relativos a investigações sobre terrorismo nacional ou estrangeiro emitidos no âmbito de uma jurisdição individual terá validade em todo território dos Estados Unidos. Este poder foi utilizado, pela primeira vez, para um registro na empresa America Media Inc., na Flórida, empregadora da primeira vítima de Antrax.

Segundo dispõe o procedimento penal FISA⁴⁷, o Procurador Geral pode autorizar registros sem autorização judicial, por um período de um ano se os lugares objeto do registro foram utilizados, exclusivamente, por uma potência estrangeira. Se o registro guarda relação com a atividade de um agente de uma potência estrangeira, se exigirá, contudo, uma autorização. Para emitir tal mandado – de registro – o juiz deverá estar convencido de que subsistem “elementos suficientes para considerar que o objetivo americano é uma potência estrangeira”. Se for este o caso, a atividade de investigação não pode afetar exclusivamente o respeito à Primeira Emenda. A duração destes registros podia ser de até 45 dias, mas o *Patriot Act* ampliou este prazo para 120 dias (Sec. 207).

3.2. Medidas financeiras de controle

A peça principal do Título III da *Patriot Act* se situa na luta contra a lavagem de dinheiro e o financiamento de atividades terroristas. Originariamente se quis elaborar um

⁴² Durante o período compreendido entre 2001 e 2002 estes poderes foram utilizados 248 vezes, entre outras, nas investigações vinculadas ao Antrax. Este método de investigação pode ser utilizado em todo o território dos Estados Unidos em aplicação de uma autorização singular.

⁴³ No início de abril de 2003, o Justice Department apresentou 213 solicitações de prorrogação e os juízes deram sua aprovação a todas elas. Vide «www.house.gov/judiciary».

⁴⁴ No início de abril de 2003, o Justice Department apresentou 15 solicitudes, 14 das quais foram atendidas; vide «www.house.gov/judiciary».

⁴⁵ Cfe. A nota do Governo relativa a “elementos fundados” e a “período razoável” em: *DoJ Field Guidance on New Authorities (Redacted)*, incluído na legislação antiterrorista de 2001.

⁴⁶ Com um resultado final de 309 votos favoráveis e 118 contra, entre os quais se encontravam 113 votos republicanos que queriam revogar estes poderes. Vide «<http://www.washtimes.com/op-ed/20030803-110549-8745r.htm>».

⁴⁷ FISA 50 USC Sec. 1822.

documento separado – *Financial Anti-Terrorism Act* – mas, ao final, esta matéria se incluiu na *Patriot Act*⁴⁸. Portanto este título pode ser citado também como a *International Money Laundering Abatement and Financial Anti-Terrorism Act* de 2001⁴⁹. Em certa medida pode-se encontrar uma evidente conexão entre o Título III e o direito penal substantivo em matéria de terrorismo⁵⁰.

Da estratégia nacional anti-lavagem⁵¹ de 2002 se depreende que a luta contra o financiamento da atividade terrorista integra um dos instrumentos principais na luta contra a lavagem de dinheiro. As competências da unidade anti-lavagem dos Estados Unidos, o FinCEN⁵², foram ampliadas pela *Patriot Act* (Sec. 361). Todos os sistemas de transações financeiras – operações de câmbio, ATM e Internet e os sistemas informais como o *hawala* ou o *hundi*, os intercâmbios de objetos preciosos (arte, diamantes, etc...) – têm sido objeto de regulamentações posteriores. O Ministério do Tesouro e o FinCEN redigiram uma detalhada regulamentação do setor⁵³. Contudo, cabe destacar que as medidas financeiras de controle e luta contra o financiamento do terrorismo foram pensadas como estratégias operativas globais.

A *Patriot Act* contém um catálogo íntegro dirigido a ampliar a legislação anti-lavagem nos Estados Unidos e a combater o financiamento da atividade terrorista⁵⁴. Inclusive os Estados Unidos estenderam sua jurisdição direta ao âmbito das instituições financeiras. Segundo dispõe a lei civil, o fato de possuir uma conta bancária nos Estados Unidos permite atribuir a jurisdição aos Estados Unidos para julgar uma atividade de lavagem, ainda que a atividade tenha sido realizada no exterior (Sec. 317).

Foram realizadas numerosas modificações na legislação penal: as penas pecuniárias foram aumentadas até alcançar o dobro do valor da transação, até o máximo de um milhão de dólares. Também a atribuição de competência em matéria penal foi substancialmente ampliada, de modo que é possível manter a competências dos tribunais americanos sempre que, na prática do delito, uma ou algumas das operações financeiras se tenham realizado total ou parcialmente nos Estados Unidos, ou se os bens obtidos de forma ilícita se encontram, no todo ou em parte, nos Estados Unidos, ou se a estrutura financeira ou seus agentes são titulares de uma conta nos Estados Unidos (Sec. 317). Além disso, foi estabelecida a proibição geral, dirigida a bancos nacionais e estrangeiros, de realizar transações com fundos obtidos de

⁴⁸ Vide «<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d107:h.r.03004>». para a evolução histórica desta lei.

⁴⁹ Trata-se, certamente, de uma reelaboração de iniciativas internacionais contra o terrorismo. Em particular, do *Financial Action Task Force on Money Laundering* (FTAF-GAFI) do G7 em relação à lavagem de dinheiro e ao financiamento ilegal do terrorismo que se traduziram em recomendações. Sobre este ponto, vide «http://www1.oecd.org/fatf/TerFinance_en.htm».

⁵⁰ Vide *Infra*, afastado 4.4 sobre a incriminação do auxílio e financiamento do terrorismo.

⁵¹ Vide «<http://www.ustreas.gov/press/docs/monlaund.pdf>», National Money Laundering Strategy, 2002.

⁵² O FinCEN examina a cada ano 12 milhões de relatórios sobre transações para valorar (CTRs) e 200.000 informes sobre transações suspeitas (SARs). Vide *Financial Crimes Enforcement Network* (FinCEN).

⁵³ Sobre este ponto, vide Global Terrorism Sanctions Regulations of OFAC, 31 CFE, par. 594. The Terrorism Sanctions Regulations, OFAC, 31 CFE, par. 595, Terrorism List Governments Sanctions Regulations, OFAC, 31 CFE, par.596 e Foreign Terrorist Organizations Sanctions Regulations, OFAC, 31 CFE, par. 597.

⁵⁴ Para maior aprofundamento veja COHEN, H.R.; DAVY, E.T. Memorandum, 1337 PLI/Corp 67 e P.L. LION, PETERS, A.M., The USA Patriot Act and anti-money laundering laws, 1339 LPI/Corp 129.

modo ilícito (Sec. 318). Todavia, a expansão da legislação sobre a lavagem foi mais adiante, de modo que se tem qualificado de continuado o delito de lavagem de dinheiro, logrando-se, deste modo, que permaneçam em mãos da jurisdição americana sempre que se tenham cometidos atos vinculativos estes fundos ilícitos. Por último, o tribunal pode decretar a repatriação do imputado, de modo que se esta ordem é descumprida, poderá ser aumentada a pena pelo delito cometido e ser também acusado por um delito de desobediência a uma ordem judicial. A tudo isso se deve ainda acrescentar que a lavagem de dinheiro passou a incluir, também, o capital obtido através de delitos violentos, de corrupção, contrabando e todos aqueles em relação aos quais é possível a extradição. Deste modo, passou-se a considerar ilícitas também todas as operações realizadas nos Estados Unidos com fundos obtidos de forma ilegal. Assim, por exemplo, se criou uma modalidade delitiva específica consistente no envio de dinheiro aos Estados Unidos, ou dos Estados Unidos, com o fim de favorecer o cometimento de qualquer dos delitos antes indicados⁵⁵. O cometimento deste delito pode servir como base para confiscar bens até o valor de 10.000 dólares ou mais, quando este dinheiro tiver sido introduzido ilegalmente (exportação ou ingresso ilegal de somas de dinheiro efetivo)⁵⁶. O mesmo ocorreu em relação ao ingresso de dinheiro através de sistemas ilícitos, como a atividade bancária clandestina ou *hawala*, que foi tipificada como delito, em aplicação do disposto na Séc. 373. Nestes últimos casos, a acusação pública não necessita demonstrar que o autor sabia que estava infringindo uma norma do sistema de concessão de licenças. Além disso, aos efeitos deste delito, ficam compreendidas em seu âmbito de ação todas as estruturas financeiras, com ou sem serviço de cliente. O dinheiro obtido de modo ilícito ou o tráfico de bens realizado com o fim de cometer um delito são objeto de incriminação específica sem que, nestes casos, tampouco se requeira que seja demonstrado que se buscava favorecer o cometimento de um delito ou sua receptação. Também foi sancionada a falsificação de divisas estrangeiras e de títulos de crédito.

O *Attorney General* e o Ministro do tesouro/FinCEN podem emitir ordens de exibição para difundir documentos ou ordens de congelamento de contas, sendo nestas hipóteses suficiente para atribuir competência neste âmbito aos tribunais americanos o fato de possuir uma conta nos Estados Unidos. O fato de que o crédito ou o depósito concreto não se encontrem nos Estados Unidos não é relevante aos efeitos de que o banco possa dispor. Desde setembro de 2001 a *Office of Foreign Assets Control* (OFAC) teve um total de umas 600 contas bancárias, das quais se depreendeu um balanço de uns 124 milhões de dólares congelados em todo o mundo, em relação a umas 70 investigações em curso⁵⁷.

Também se expandiu de forma considerável a competência territorial indireta: se impuseram às instituições financeiras americanas numerosas obrigações em relação à titularidade de contas de estrangeiros (incluídas as instituições financeiras estrangeiras) e às transações com o exterior. Não somente se impôs o dever de conservar a documentação e

⁵⁵ USC Sec. 1956(a)(2)(a).

⁵⁶ No caso *United States contra Bajakajian*, 524 US 321 (1998) a Suprema Corte considerou o confisco de 100% dos fundos desproporcionada, contrária à Oitava Emenda. O Patriot Act qualificou a omissão de denúncia de somas superiores a 10.000 dólares como tipo autônomo de contrabando que autoriza um confisco total. Esta medida se incorpora de forma inovadora na citada lei.

⁵⁷ Vide [«http://treas.gov/offices/rotffc/ofac/sdn/index.html»](http://treas.gov/offices/rotffc/ofac/sdn/index.html); vide também [«http://www.law.stetson.edu/judicialreviewCommission/finalreport.htm»](http://www.law.stetson.edu/judicialreviewCommission/finalreport.htm).

apresentar relatórios, mas também é possível exigir às instituições financeiras ou a seus agentes nos Estados Unidos que se submetam à supervisão durante um período de quatro meses se uma jurisdição estrangeira, uma instituição financeira ou uma transação com o exterior desempenham “um papel de primeira importância no âmbito da lavagem” (Séc. 311). Esta supervisão pode consistir na revisão de transações, na obtenção de informação relativa a titulares de contas nos Estados Unidos, na recepção de informações relativas a clientes e operações interbancárias referentes às contas suspensas etc. e, inclusive, pode comportar a obrigação de manter ou abrir algumas contas interbancárias ou suspendê-las. A citada supervisão, que foi especificada e ampliada pelo FinCEN, pode prorrogar-se até 120 dias. O FinCEN se encarregou de definir a regulamentação relativa à supervisão das contas bancárias nos Estados Unidos das quais são titulares estrangeiros (Séc. 312). Os bancos estrangeiros com contas suspensas nos Estados Unidos estão obrigados a nomear um representante nos Estados Unidos que passa a ser o destinatário legal de qualquer medida que se adote⁵⁸. Para o caso de falta de cooperação na investigação judicial as contas bancárias deverão ser canceladas e se impõe uma pena coercitiva de 10.000 dólares diários em caso de não cancelamento. No que se refere a contas de estrangeiros nos Estados Unidos, incluídos os bancos estrangeiros, é possível decretar uma medida inibitória e nomear-se um administrador das mesmas. Através desta classe de procedimentos e obrigações, os Estados Unidos evitou a sempre difícil cooperação com terceiros países, e isso lhes permitiu também atribuir-se a jurisdição indireta em matéria de bloqueio de capitais.

Em 28 de dezembro de 2001, o Ministro do Tesouro publicou as normas de atuação⁵⁹, cuja elaboração esteve fortemente condicionada pela agenda de segurança da primeira administração Bush. As disposições relativas ao sequestro e confisco de bens são extensas, neste sentido, cabe destacar que os bens conseguidos ilícitamente costumam ser depositados nos Estados Unidos, em uma conta suspensa de um banco estrangeiro com um banco americano e, no caso de sequestro, o banco americano pode defender-se alegando ser possuidor boa-fé. Com a *Patriot Act*⁶⁰ pode ser confiscada da conta suspensa uma quantidade equivalente. O único sujeito que pode alegar em sua defesa a boa-fé é o titular, não o banco, ainda que também o banco tenha sido acusado da lavagem de dinheiro. Este novo instrumento foi utilizado no caso James Gibson. Gibson, advogado, acusado de lavagem de dinheiro e fraude, fugiu para Belize levando consigo todos seus bens. Foi impossível confiscá-los em Belize, mas o que se pôde fazer, na aplicação dos poderes referidos, foi sequestrar uma soma equivalente de bens nos Estados Unidos.

Quanto ao confisco, é possível, na atualidade, que os bens de uma pessoa condenada por atos terroristas sejam integralmente confiscados⁶¹. Foi modificado o *Civil Assets Forfeiture Reform Act* de 2000 (Séc. 323), com a finalidade de outorgar maior eficácia às solicitações estrangeiras de confisco, até incluir todos os delitos que podem dar lugar ao confisco nos Estados Unidos e ao congelamento de bens à espera de uma ordem dos juízes federais. Este

⁵⁸ 31 USC Sec. 5381(k)(3).

⁵⁹ *Counter Money Laundering Requirements-Correspondent Accounts for Foreign Shell Banks, Recordkeeping and Termination of Correspondent Accounts for Foreign Banks*, 66 Reg. Fed. 67,459 (2001), incluído no 31 CFE par. 104.

⁶⁰ 18 USC Sec. 981(k).

⁶¹ 28 USC Sec. 2461.

procedimento somente poderá ser objeto de recurso no país onde foi apresentada a demanda, mas não nos Estados Unidos.

Em outubro de 2001 o *Department of Finance* criou um grupo de investigação misto, denominado *Operation Green Quest*⁶². Sob a supervisão do *US Customs Service* foram selecionados ‘experts’ do IRS, do *Secret Service*, do FBI, do OFAC, do FinCEN e dentre os membros do Ministério Público Federal do Departamento de Justiça. Este grupo se ocupa exclusivamente de controlar o financiamento de operações terroristas, e para realizá-lo, utilizam inclusive ligações oficiais nas embaixadas americanas de todo o mundo.

O IRTPA (2004) reforçou a posição do FinCEN, promovendo melhoras na tecnologia para permitir, aos órgãos autorizados, a aplicação da lei e das regulamentações financeiras no acesso aos dados FISA⁶³, e impondo às instituições financeiras as obrigações de facilitar ao FinCEN algumas transmissões eletrônicas de fundos entre Estados⁶⁴. Além disso, as disposições sobre a lavagem de dinheiro foram ampliadas com o fim de incluir não somente algumas operações financeiras internacionais, mas, também, certa classe de bens⁶⁵. Em conclusão, o novo texto introduz medidas de caráter administrativo, civil, penal e sancionador, severas proibições que alcançam amplos setores industriais e sanções econômico-civis para empregados de instituições financeiras que, de forma consciente, aceitam recompensas por realizar algum serviço⁶⁶.

Em 2006, veio à tona que o Departamento do Tesouro submeteu à organização Swift, *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication* com sede em Bruxelas, uma ordem de entrega de informação sobre transações financeiras. SWIFT é o órgão por excelência de transações interbancárias no mundo. A ordem é uma execução do programa *Terrorist Finance Tracking Program*, com base legal no *Executive Order* 13224. Segundo o departamento, os Estados Unidos têm o direito de investigar os dados de Swift com o fim de identificar transações financeiras de suspeitos de atividade terrorista⁶⁷. Os bancos centrais do Canadá, Alemanha, França, Itália, Japão, Holanda, Reino Unido, Suécia, o Banco Central Americano e o BCE são as dez entidades encarregadas de supervisionar a atividade de Swift. A implicação de oito bancos centrais europeus – e ainda do próprio Banco Central Europeu (BCE) – na entrega secreta de informação bancária a Washington implica um novo caso de colaboração transatlântica de duvidosa legalidade, surgida sob a comoção dos atentados de 11 de setembro. A Comissão belga de proteção de dados julgou a Swift, alegando que a mesma violou o direito europeu e belga, criticando-a por não haver informado à Comissão Européia e às autoridades belgas sobre o conflito legal entre as obrigações legais dos Estados Unidos e da Europa e Bélgica⁶⁸.

⁶² Vide <[http://cbp.gov/xp/cgov\(newsroom/press_releases/archives/2002/22002/02262002.xml\)](http://cbp.gov/xp/cgov(newsroom/press_releases/archives/2002/22002/02262002.xml)>.

⁶³ Sec. 6181.

⁶⁴ Sec. 6302.

⁶⁵ Sec. 6201.

⁶⁶ Sec. 6303.

⁶⁷ Para mais informações sobre a base legal, ver: <<http://www.treasury.gov/press/releases/js4340.htm>>.

⁶⁸ Opinião nr. 37/ 2006 de 27 de setembro de 2006.

3.3. Terrorismo e direito penal substantivo

O *Patriot Act* modifica a legislação fundamental vigente em matéria de terrorismo. A inovação principal consiste, sem dúvida, no fato de que, mediante a Séc. 802, mais além da definição do delito de terrorismo, se introduz na legislação federal a definição de terrorismo nacional⁶⁹. Na própria *Patriot Act* se permite aos juízes emitir ordens de registro válidas em todo território de EE UU. A definição é extremamente ampla e sua concretização se encontra estreitamente ligada à legislação governamental emanada do Governo. Terrorismo nacional significa “atividade que: a) implica em atos perigosos para a vida humana, que violam o direito penal dos Estados Unidos ou de qualquer País; b) tem como finalidade b1) intimidar ou coagir a população civil; b2) influenciar a política do Governo mediante intimidação ou coerção; b3) incidir sobre a atividade do Governo através/com meios de destruição em massa, assassinatos, sequestros; c) é realizada principalmente dentro da jurisdição territorial dos Estados Unidos”. Ao mesmo tempo, a Seção 802 amplia de modo considerável os delitos básicos que integram a noção de terrorismo.

Da mesma maneira, foram ampliadas as condutas típicas e as possibilidades de confisco; a Seção 801 converte em delitivos alguns atos contra- ou que incidem- meios de transporte de massas, com possibilidade de prisão caso se produza a morte de alguém⁷⁰. Estes atos compreendem, por exemplo, incêndios intencionais, colocação de produtos biológicos ou químicos ou interferências nos transportes destinadas a pôr em perigo a integridade dos passageiros. Por outro lado, a Seção 803 considera como um tipo delitivo autônomo dar asilo ou esconder terroristas; amplia a incriminação específica de auxílio ao terrorismo⁷¹ e, dada a ampla definição de terrorismo e de favorecimento, castiga qualquer forma de auxílio, incluído o auxílio financeiro. Este tipo penal tem sido ampliado frequentemente. A ajuda material compreende qualquer tipo de assessoramento e assistência e, naturalmente, cobre também atividades financeiras e de suporte digital.

Não se exige nenhum fim específico; basta que a pessoa interessada possa ser consciente de que a ajuda prestada pode ser utilizada para executar atos terroristas, independentemente de tais atos terem sido efetivamente realizados. Constitui delito fornecer ou arrecadar fundos para utilizá-los – ou sabendo que serão utilizados – com fins terroristas, ou executar atos destinados a ocasionar a morte ou graves lesões a civis ou tendentes a intimidar a população ou a obrigar as autoridades governamentais a adotar uma determinada conduta ou a abster-se de fazê-lo⁷². O auxílio material a organizações terroristas estrangeiras se converteu em um delito independente⁷³.

No início de novembro de 2002, por exemplo, quatro pessoas – entre elas um cidadão americano e outro residente nos Estados Unidos – foram acusados de conspiração para distribuir um carregamento de cocaína e para prestar auxílio material à organização

⁶⁹ 18 USC Sec. 2332b (g) (5) (B).

⁷⁰ No caso contra Richard Reid, o “*shoe bomber*”, a Corte Federal considerou que estas disposições não se aplicassem com relação aos aviões. Ao mesmo tempo, o Congresso acrescentou modificações através da Sec. 609 do *Protect Act*.

⁷¹ 18 USC Sec. 2239a.

⁷² 18 USC Sec. 2239c.

⁷³ 18 USC Sec. 2339b.

terrorista estrangeira AUC⁷⁴ no âmbito de um acordo de intercâmbio drogas- armas: armas russas e provenientes da Europa do leste por um valor aproximado de 25 milhões de dólares deviam ser trocadas por uma quantidade de cocaína do mesmo valor. As duas pessoas vinculadas aos Estados Unidos estavam se preparando para fechar o negócio com dois dos mais importantes membros da AUC e um traficante que, contudo, era um agente secreto.

A Seção 811 prevê um tratamento sancionador mais rígido para o terrorismo informático. Quando se provoca, pela difusão de um vírus, um grave dano é possível impor uma pena de prisão de até dez anos e de vinte em caso de reincidência. Esta disposição também se aplica em caso de danos em redes automatizadas estrangeiras se, deste modo, se puder incidir sobre o comércio ou sobre as comunicações com os Estados Unidos. A Seção 817 permite agora punir a mera posse de produtos tóxicos ou biológicos; não é necessário demonstrar que tais produtos estivessem destinados a ser utilizados como armas e, a partir de uma determinada quantidade, não se admite a prova de que ditos produtos estivessem destinados à investigação ou ao uso médico. Por último, a Seção 813 reconheceu que o terrorismo representa um dos principais desafios do ponto de vista da legislação RICO (relativa à criminalidade organizada), que prevê, entre outras, medidas de confisco de grande alcance⁷⁵. De outra parte, a Seção 806 introduziu um sistema civil de confisco independentemente da origem dos bens e de que estes tenham sido utilizados para executar atos terroristas ou que constituam seu produto.

Em suma, nos Estados Unidos a definição de terrorismo e de auxílio material a grupos terroristas é ampla e se utiliza inclusive se provém, por exemplo, de gangues de rua⁷⁶. Contudo, não constitui delito fazer parte de tais grupos nem é punível a apologia ao terrorismo. Por outro lado, a definição de associação ilícita foi ampliada e compreende os atos de auxílio. Fazer propaganda dos objetivos de uma organização terrorista, por exemplo, constitui uma forma de auxílio e não se exige provar o dolo ou a culpa. Isso restringe consideravelmente a liberdade de associação e expressão, consagradas na Primeira Emenda⁷⁷.

Posteriormente, a IRPTA (2004) estende o conceito de auxílio material ao terrorismo⁷⁸: de modo que receber treinamento militar de uma associação terrorista estrangeira é considerado delito. O texto inclui definições novas e muito amplas de auxílio material, treinamento e assessoramento ou assistência técnica e, finalmente, individualiza uma série de novos delitos vinculados ao uso de meios de destruição em massa⁷⁹.

⁷⁴ O movimento colombiano paramilitar Autodefensas de Colombia. O líder da AUC, Carlos Castaño-Gil, falecido em maio de 2004, já havia sido acusado do delito de tráfico de drogas nos Estados Unidos em setembro de 2001, mas não havia sido extraditado. A AUC foi definida como organização terrorista pelo State Department; contudo, estranhamente, a primeira administração Bush não considerou tal qualificação um motivo válido para não implicar à AUC no programa militar destinado a acabar com a produção de cocaína e a reduzir a guerrilha comunista.

⁷⁵ VERVAELE, J.A.E. El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos, *Actualidad Penal*, 1999, p. 291-315.

⁷⁶ Em maio de 2004, em New York, um bando de rua foi acusado com base na legislação antiterrorista, ao ser o objetivo da gangue intimidar e coagir a população civil.

⁷⁷ COLE, D. The New McCarthysm: Repeating history in the war on terrorism, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* [Harv., C.R.-C.I.Rev], vol 38, 1, 2003.

⁷⁸ Seção 6601-6604.

⁷⁹ Seção 6801.

3.4. Proteção das fronteiras e leis de imigração: estrangeiros inimigos.

Nos Estados Unidos, um estrangeiro pode infringir as leis de imigração descumprindo as obrigações de visto ou não dispor de um visto legal. As causas subjetivas de indeferimento relacionadas aos processos de imigração têm sido fixadas de um modo muito genérico e concernem (Séc. 411): 1) aos membros de organizações consideradas como organizações terroristas estrangeiras (FTOs)⁸⁰ pelo Secretário do Estado; 2) aos membros de grupos políticos, sociais ou similares que apoiem publicamente atos terroristas depreciando os esforços dos Estados Unidos de reduzir ou eliminar as atividades terroristas; 3) aos sujeitos que, seja individualmente, seja como membros de uma organização, estejam implicados em atos que se enquadram na definição de terrorismo, nos quais se inclui o financiamento, integrar ou auxiliar materialmente a organizações terroristas. Não pode permanecer nos Estados Unidos quem passa a fazer parte de uma organização terrorista e durante sua estada nos Estados Unidos tenta “participar de modo permanente ou ocasional de atividades que poderiam pôr em perigo o bem-estar, a segurança ou a salvaguarda dos Estados Unidos”.

Os sujeitos que se encaixam nestas categorias, fixadas pelo Secretário de Estado, são incluídos na *Terrorist Exclusion List* (TEL)⁸¹. Nas leis de imigração a definição de terrorismo é ainda mais ampla que a estabelecida pela legislação penal ordinária⁸² e a imputação de associação ilícita tem sido aplicada muito frequentemente. Na realidade, simplesmente se trata de converter o *blacklisting* em uma política compartilhada sobre a imigração⁸³.

A *Patriot Act* ampliou para sete dias a regra das 24 horas para comunicar os motivos da detenção administrativa (Seção 412); no período destes sete dias, o interessado deve ser acusado de um delito ou deve ser conduzido ante o Ministério Público no procedimento de expulsão. O INS substituiu o prazo de sete dias por um período razoável⁸⁴ que, no geral, é de 90 dias. Os sujeitos envolvidos podem ser detidos durante seis meses, mas o Procurador Geral pode ampliar este período e, se a segurança nacional o exige, pode prorrogá-lo diversas vezes (Seção 412). Após a ordem de expulsão, a *Homeland Security* deve retirar o estrangeiro do país num prazo de 90 dias, ainda que sejam numerosos os casos de detenções de tempo indeterminado devido a falhas de cooperação com o país de origem. Depois de 11 de setembro, cerca de 800 estrangeiros foram detidos sob a aplicação de leis de imigração no âmbito de uma imponente operação do FBI, conhecida como *Penttbom*⁸⁵. Habitualmente, o Departamento de Justiça é responsável pelos procedimentos de expulsão; tais procedimentos não são considerados de caráter punitivo e se desenvolvem perante os juízes competentes em matéria de imigração, que formam parte do *Executive Office for Immigration Review* do Departamento de Justiça. O Procurador Geral previu ulteriores medidas relativas aos

⁸⁰ As disposições relativas às FTOs foram incluídas nas leis federais sobre imigração, 8 USC Sec. 1189.

⁸¹ Vide: <<http://www.state.gov/s/ct/rls/fs/2002/15222.htm>>.

⁸² Vide, supra, item 4.4.

⁸³ Cfe. WHITEHEAD, J. W.; ADEN, S. H. Forfeiting ‘Enduring Freedom’ for ‘Homeland Security’. A Constitutional Analysis of the USA Patriot Act and the Justice Departments anti-terrorism initiatives, *American University Law Review* [Am. U.L. Rev], vol 51, 2002, p. 1081.

⁸⁴ Cfe. item 287.

⁸⁵ Estima-se que o número total de detenções, incluídas as praticadas no marco de atividades de investigação ordinárias, resulta em torno de 1200.

processos de expulsão. Desde 1964 é possível que estes processos se desenvolvam em segredo no interesse das partes, das testemunhas ou no interesse público e, em 21 de setembro de 2001, o Presidente do Tribunal de Justiça Administrativa Creppy⁸⁶, a pedido do Procurador Geral, aprovou um *memorandum* no qual declara que os procedimentos administrativos relativos aos prisioneiros de 11 de setembro constituem casos de “especial segredo”. Isto significa que toda a informação relativa aos processos judiciais deve permanecer em segredo, incluindo os nomes dos sujeitos envolvidos, a inclusão da causa de registro, a sentença etc. Em razão do segredo que rodeia as detenções e os processos de expulsão se esperava com ânsia uma informação do inspetor geral do *Departamento de Justiça*⁸⁷. Suas críticas a respeito das detenções são severas: os estrangeiros suspeitos de violar as leis de imigração (visto vencido ou falsidade de passaporte) foram detidos indiscriminadamente junto com estrangeiros suspeitos de estarem vinculados aos atentados de 11 de setembro. Tanto uns quanto outros foram informados demasiado tarde das imputações contra si e tiveram que esperar a declaração oficial do FBI para saber se iriam ser expulsos ou postos em liberdade; declaração que foi emitida muitos meses depois. Na maior parte dos casos, a família não era informada – ou não o era de modo adequado – do lugar da detenção, e dos processos contra os detentos eram secretos⁸⁸. De fato, a *Patriot Act* ampliou substancialmente as faculdades de substituir a custódia pela detenção. O Procurador Geral e o INS ostentam um poder de detenção a longo prazo sem precedentes, sem possibilidade de defesa e sem obrigação de declarar expressamente em que se baseia, com exatidão, a ameaça para a segurança nacional. O procedimento se aplica tanto no período anterior à expulsão, no que sucede à expulsão, como na própria expulsão.

Segundo a *Patriot Act*, deve-se por a disposição do *Border Patrol*, do *Custums Service* e do INS⁸⁹ verbas extraordinários. O *State Department* pode ter acesso ao *National Crime Information Center's Identification Index* (NCIC-III), em particular para obter informação sobre delitos já cometidos e sobre pessoas investigadas. O *Departamento de Justiça* e o *State Departmet* estão trabalhando em um *standart* biométrico para o controle de fronteiras, vistos e passaportes⁹⁰. Por outro lado, as instituições de ensino devem fornecer informação específica relativa à educação dos estrangeiros⁹¹.

Em 12 de janeiro de 2005, a Suprema Corte decidiu que os estrangeiros têm direito a não serem submetidos a detenções por tempo indeterminado e concluiu que o texto redigido pelo Governo, permitindo a detenção por tempo indeterminado, autoriza a detenção somente se é “razoavelmente necessário” para obter a expulsão⁹². Isto significa que o

⁸⁶ Vide: <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/aclu/creppy092101memo.pdf>>.

⁸⁷ Para consultar o informe, vide: <<http://www.usdoj.gov/oig/special/03-06/index.htm>>; veja-se, também, o recente informe relativo aos direitos civis: <<http://www.usdoj.gov/oig/special/03-07/index.htm>>.

⁸⁸ COLE, D. Enemy Aliens, *Stanford Law Review*, 2002, 953-114.

⁸⁹ El INS passou do Justice Department ao DHS.

⁹⁰ Por exemplo, todos aqueles que pedem um visto devem solicitar uma entrevista pessoal na embaixada dos Estados Unidos. Aqueles que entram nos Estados Unidos deverão ter um passaporte digital e, atualmente, nem todos os passaportes emitidos na Europa são suscetíveis de ser controlados digitalmente. Ditas informações foram obtidas no *Visit Databank* americana.

⁹¹ Ditas informações foram obtida no *SEVIS databank* americana.

⁹² Vide: <<http://supct.law.cornell.edu/supct/html/03-878.ZS.html>>.

Governo deve encontrar fundados motivos para isto e, se não for assim, o interessado pode ser posto em liberdade.

4. Direito excepcional presidencial

4.1. Organizações terroristas e financiamento de organizações terroristas

Como é sabido, o Presidente americano, na qualidade de Comandante Supremo das forças armadas, ostenta amplos poderes legislativos e operativos no âmbito do comércio internacional e em matéria militar. Os Estados Unidos possuem uma larga tradição na imposição de sanções políticas e econômicas como ocorreu, por exemplo, contra Cuba. Inicialmente, se tratava de previsões contra os países, que implicavam na imposição de restrições à exportação – baseadas na *Export Administration Act* (EAA) e no *International Emergency Economic Powers Act* (IEEPA)⁹³ – frente às sociedades que violavam o embargo comercial com os países interessados⁹⁴.

O Secretário de Estado, o *Department of Commerce* e o *Department of Treasury/OFAC*⁹⁵ adotaram leis complementares e tomaram decisões a respeito. O Presidente pode, portanto, decidir impor sanções, sobretudo nos períodos de emergência. Em 1995, o Presidente Clinton⁹⁶ modificou o âmbito aplicativo das sanções previstas no IEEPA⁹⁷ (é dizer, o embargo aos Estados), estendendo-o também a organizações. Neste momento, estavam fichados dez organizações palestinos e duas organizações hebraicas; posteriormente, o Secretário de Estado Albright identificou 30 organizações terroristas estrangeiras (FTOs) segundo o *Effective Death Penalty and Public Safety Act* (1996). Após sua identificação, o suporte a estas organizações se converteu em delito e se solicitou às instituições financeiras o bloqueio de suas contas.

A partir da doutrina do *leading case*⁹⁸ relativa aos poderes presidenciais, pode sustentar-se que tais poderes foram redimensionados após o 11 de setembro, pois, apesar de esta matéria ter sido regulada de forma completa pela *Patriot Act* do Congresso, esta não contém, por exemplo, a definição de inimigo terrorista ou previsões relativas às juntas militares. Este ponto de vista não foi compartilhado pela primeira administração Bush; de fato, após a declaração do estado de emergência, em 14 de setembro de 2001, o Presidente, em 24 de setembro, aprovou a ordem executiva n. 13224⁹⁹, aplicando a *International*

⁹³ 50 USC Sec. 1701-06 (2001).

⁹⁴ CONNAUGHTON, A. Q. Exporting to special destinations and entities terrorist-supporting and embargoed countries, sanctioned countries and entities, Practising Law Institute, n.º 844, 2002, p. 299.

⁹⁵ 31 CFE item 595, Treasury's Terrorism Sanctions Regulations on SDT; 31 CFE item 597, Terrorist Organizations Sanctions Regulations; 66 Reg. Fed. 54404, SDGT's Treasury. CONNAUGHTON, A. *Practising Law Institute*, n.º 844, 2002, p. 299.

⁹⁶ Ordem executiva n. 12.947, 3 CFE apartado 319 (1995), 50 USC Sec. 1701 (2000).

⁹⁷ 50 USC Sec. 1701(a) (2000).

⁹⁸ *Youngstown Sheet e Tube versus Sawyer*, 343 US 579 (1952).

⁹⁹ Ordem executiva n. 13224 que congela os bens e proíbe as operações com indivíduos que cometem ou ameaçam de cometer atos terroristas ou que prestam ajuda ao terrorismo, 3 CFE apartados 786, 790 (210), modificado no 50 USC Sec. 1701 (2002). Para o texto completo ver: «<http://www.treas.gov/offices/enforcement/ofac/sanctions/terrorism.html>».

*Emergency Economic Act*¹⁰⁰ e na execução de algumas Resoluções da ONU, em concreto, na Resolução 1333. Segundo a citada ordem executiva, as organizações terroristas são identificadas como organizações terroristas mundiais (SDGTs). O Secretário do Tesouro, por exemplo, pode incluir em dita lista qualquer organização que “forneça ajuda, financiamento, apoio ou se vincule, de qualquer outro modo, à “uma organização indicada como terrorista”. A ideia principal desta ordem executiva consiste em elaborar um sistema sancionador financeiro, dirigido a privar de recursos estas organizações¹⁰¹. Isto significa que os Estados Unidos podem bloquear as contas de bancos estrangeiros na América se outros países se recusam a cooperar bloqueando as contas em seus respectivos territórios (jurisdição indireta). Assim, podem ser bloqueados os bens dos seguintes sujeitos: a) SDGTs incluídas na lista; b) pessoas que executam atos terroristas ou que representam um risco significativo, de acordo com a comissão de atos terroristas perigosos, para a segurança dos cidadãos americanos, a segurança nacional, a política exterior ou a economia dos Estados Unidos¹⁰²; c) pessoas que prestam assistência, apoio, ajuda financeira, material ou tecnológica, ou serviços financeiros ou de outro tipo para tais atos terroristas ou em apoio aos mesmos ou das SDGTs ou de pessoas que trabalhem ou estejam controladas pelas SDGTs ou que, de outro modo, estejam vinculadas a estas organizações¹⁰³.

Nos Estados Unidos foi proibido aos cidadãos americanos efetuar transações relativas a bens bloqueados, promover ou colaborar em sua realização para executar a transação de modo que se possa elidir dita proibição e lograr operações ilegais. Estabeleceu-se a proibição geral de ser membro e de apoiar às SDGTs mediante operações financeiras em moeda estrangeiras, transferência de créditos, importações ou exportações de dinheiro ou de título de crédito. Portanto, estas proibições se projetam às instituições financeiras estrangeiras que se negam a bloquear os bens das SDGTs, o que significa que não são lícitas as doações a instituições de beneficência quando estas têm vínculos com as SDGTs. As sanções civis podem chegar até 11.000 dólares para cada infração e as sanções penais até 50.000 dólares e 10 anos de prisão, se os delitos houverem sido cometidos dolosamente.

A ordem executiva de 2001 se antepôs às ordens executivas do Presidente Clinton, que havia indicado um determinado número de organizações como DTs e FTOs. Contudo, se instaurou um âmbito de aplicação global do sistema sancionador e, assim mesmo, se introduziram novos tipos de sanções: atualmente podem ser bloqueados não somente os bens das instituições financeiras, mas também os bens dos sujeitos vinculados às SDGTs. Portanto, é perfeitamente possível bloquear os bens de clientes estrangeiros de sociedades com filiais nos Estados Unidos e, para fazê-lo, já não se requer que as organizações ou os sujeitos implicados tenham cometido os delitos; basta que estejam envolvidos de qualquer modo com os delitos. As provas podem ser mantidas em segredo e analisadas em audiência ante o tribunal, *inaudita altera parte*. Uma hipótese representativa é o caso *Holyland Foundation (HLF)*¹⁰⁴: a HLF é uma organização não governamental (ONG) criada em 1989,

¹⁰⁰ 50 USC Sec. 1701-06 (2001).

¹⁰¹ ZAGARIS, B. The Merging of the Counter-Terrorism and Anti-Money Laundering Regimes, *Law and Policy in International Business*, 2002, p. 45-108.

¹⁰² O Secretário de Estado acrescentou ulteriores precisões.

¹⁰³ O Department of Treasury esclareceu estas definições.

¹⁰⁴ *Holyland Foundation for Relief and Development contra Ashcroft*, 219 F. Supp. 2d 57.

com sede central no Texas e vinculada a Hamas. Após a ordem executiva n. 12947, emitida pelo Presidente Clinton em 1995, Hamas se converteu em uma SDT e, após a ordem executiva n. 13224, aprovada pelo Presidente Bush em 2001, tal organização se converteu em SDGT. Em 4 de dezembro de 2001, o *Department of Treasury/OFAC* decidiu que a HLF atuava a favor do Hamas e, portanto, isso implica que a HLF adquirira o status de SDT e SDGT.

O *Department of Treasury* aprovou, sucessivamente, diversas ordens de bloqueio e congelou todos os fundos, contas e bens da HLF, proibiu qualquer transferência de ditos fundos, contas e bens e confiscou, também, suas contas bancárias. A OFAC adotou esta decisão apoiando-se em informação parcialmente secreta (algumas declarações de informantes da polícia estrangeiros e um informe secreto do FBI), e a Corte do Distrito concedeu à administração uma ampla margem de discricionariedade, ao admitir a validade das provas secretas se estas pudessem ser confirmadas com outras provas. Com o caso *Global Relief Foundation (GRF)* ficou claro que os poderes de controle dos órgãos judiciais sobre os atos administrativos, no âmbito da política exterior e da segurança, são muito limitados. Neste caso, a GRF havia sido já objeto de uma investigação FISA e, seguidamente, de uma ordem de bloqueio da OFAC. E, ante a solicitação da GRF para que fossem revogadas estas medidas, se respondeu que “como princípio geral esta Corte deve evitar o desprezo das decisões adotadas pelo Congresso ou pelo Presidente em matérias de comércio exterior ou segurança nacional”¹⁰⁵ e que não se havia provado a violação dos direitos civis consagrados na *Bill of Rights*. A Corte, não os advogados, teria autorização para examinar as provas em audiência secreta e *inaudita altera parte*. Obviamente, esta situação, que se distancia muito de um verdadeiro controle judicial, supõe somente uma verificação da racionalidade de uma decisão administrativa.

Os Estados Unidos ampliam constantemente a lista: em 11 de setembro somaram-se 39 nomes, sobretudo organizações vinculadas ao Al-Qaeda; em 2 de novembro de 2001 foi incluído um grupo de homens de negócios da Arábia Saudita, e em 22 de novembro de 2001 foram introduzidas outras 22 organizações, entre as quais se achava Hezbollah, três organizações colombianas, o IRA e a Jihad. Ao mesmo tempo, a lista se converteu em um documento de 86 páginas que incluem centenas de organizações e pessoas¹⁰⁶ e, em 2004, surgiram diversas ONGs suspeitas de estarem vinculadas a SDGTs. A comissão de 11 de setembro recomendou que o enérgico impulso de perseguir o financiamento do terrorismo se converta no eixo principal da luta contra o terrorismo¹⁰⁷.

A IRTPA (2004), junto ao procedimento de controle judicial, introduz um controle a pedido da parte com respeito à designação de uma organização como FTO. Porém, a organização deve provar que as circunstâncias relevantes são distintas das que foram utilizadas para esta designação. Esta decisão é adotada pelo executivo (o Secretário do Estado), que pode considerar informações secretas, não divulgáveis, ao responder à solicitação de revogação desta designação.

¹⁰⁵ *Global Relief Foundation versus Paul H. O’Neill, Colin L. Powell, John Ashcroft, e outros*, 207 supp. 2d 779.

¹⁰⁶ Ver: <http://www.treas.gov/offices/enforcement/ofac/sanctions/terrorism.html>.

¹⁰⁷ Ver: <http://www.gpoaccess.gov/911>, p. 382.

4.2. Juntas militares e combatentes inimigos

Em 13 de novembro de 2001 o Presidente Bush, sem consultar o Congresso, assinou uma ordem militar¹⁰⁸ que permitia que os inimigos estrangeiros fossem julgados por juntas militares¹⁰⁹. Anteriormente, frente a alguns membros da Al-Qaeda suspeitos de terem tomado parte nos atentados contra as embaixadas americanas em Kenya e Tanzania em 1998 (atentados que provocaram a morte de 200 pessoas), se intentou uma ação penal que obteve resultado positivo; os imputados foram julgados por juízes penais comuns nos Estados Unidos. O Presidente, na qualidade de Comandante Supremo das forças armadas, pode decidir que os imputados serão julgados por juntas militares em caso de violações de leis de guerra. Este poder se fundamenta nos artigos I e II da constituição americana¹¹⁰. O problema se restringe em que as guerras se declaram aos países e, neste caso, não houve nenhuma declaração oficial de guerra contra a Al-Qaeda. Além disso, os membros da Al-Qaeda não são cidadãos de um Estado concreto a que se possa aplicar o *Enemy Alien Act*. Contudo, a Suprema Corte reconheceu que os Estados Unidos podem encontrar-se em estado de guerra sem uma declaração formal de guerra¹¹¹, o que significa que podem instituir-se, de qualquer modo, juntas militares sem maior motivo. Durante a guerra civil, o Presidente Lincoln permitiu que o exército detivesse cidadãos suspeitos de traição e rebelião, e que os mantivessem detidos sem autorização judicial e negando-lhes o *habeas corpus*. No caso *Milligan*¹¹², a Suprema Corte declarou que Milligan, *leader* de uma organização secreta contrária ao Governo, não podia ser julgado por um tribunal militar porque era um residente, não fazia parte do exército, os tribunais civis funcionavam, o país não se encontrava ocupado e o Presidente Lincoln não havia recebido uma autorização do Congresso para criar tribunais militares. No caso *Quirin*¹¹³, a Suprema Corte declarou, conforme a Constituição, a ordem executiva n. 2561 do Presidente Roosevelt¹¹⁴, que estabelecia o processo militar de alguns sabotadores alemães, como combatentes inimigos durante a segunda guerra mundial. Deve-se ressaltar, contudo, que esta ordem executiva se fundamentava na declaração de guerra do Congresso e não desprezava o processo de *habeas corpus* ou outros meios legais de tutela.

Sem dúvida, assume uma importância crucial a decisão da Corte Suprema no caso *Johnson contra Eisentrager*¹¹⁵, relativa ao processamento de soldados alemães mantidos prisioneiros na China e julgados por tribunais militares. A Suprema Corte sustentou que o termo ‘quem’ na Quarta Emenda “não estende sua proteção aos inimigos estrangeiros que tomam parte nas operações hostis contra nós”.

¹⁰⁸ Military Order, Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 66 Reg. Fed. 57, 833 (13 de novembro de 2001).

¹⁰⁹ Ver 50 USC Sec. 21.

¹¹⁰ Para uma análise detalhada dos aspectos legais, segundo a legislação nacional e internacional, cfe. AMANN, D.M. Guantánamo, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2004, p. 263-348.

¹¹¹ Caso *Prixe*, 67 US (2 Black) 635, 667-7- (1862).

¹¹² 71 US (4 Wall.) 2-9 (1866).

¹¹³ 317 US 1, 23-24 (1942).

¹¹⁴ 7 Reg. Fed. 5101 (2 de julho de 1942).

¹¹⁵ *Johnson contra Eisentrager*, 339 US 763 (1950).

A primeira administração Bush aplicou noções próprias de direito internacional público e humanitário às organizações terroristas e a seus membros¹¹⁶. Suas atividades se consideraram, desde o princípio, como atos de guerra executados por agressores estrangeiros e não como delitos, com o resultado de que não se aplicaram os princípios de direito (processual) penal. Os sujeitos envolvidos não eram suspeitos, mas combatentes inimigos que não desfrutavam de direitos civis no âmbito da jurisdição americana¹¹⁷. Em janeiro de 2002, foram tomados como prisioneiros, no campo Delta Z-Rayin, em Guantánamo, sem terem sido acusados ou processados, entre 600 e 800 suspeitos Talibãs e membros da Al-Qaeda de 40 nacionalidades distintas. Ao mesmo tempo, pequenos grupos foram postos em liberdade ou transferidos a outros países, enquanto que cerca de 600 pessoas ainda permaneceram em estado de detenção. Não se pode esquecer que os postos que os prisioneiros libertados foram substituídos por novos prisioneiros, provenientes do Iraque, do Afeganistão, do Paquistão etc. Ademais, alguns cidadãos americanos ainda são retidos em bases militares na América.

A expressão “combatente inimigo” não aparece em nenhum dispositivo da *Patriot Act* e o paralelismo legal entre guerra e terrorismo internacional tem sido frequentemente criticado pela opinião pública¹¹⁸. Por outro lado, simultaneamente, o Presidente Bush limitou a aplicação do direito internacional humanitário¹¹⁹. Durante muito tempo, a primeira administração Bush sustentou que não se devia aplicar o Acordo de Genebra nem o status de prisioneiro de guerra. Contudo, em fevereiro de 2002, foram reconhecidos alguns direitos consagrados no Acordo de Genebra a combatentes Talibãs, mas não a membros da Al-Qaeda. Nenhum foi reconhecido como prisioneiro de guerra; são e permanecem como combatentes ilegais que podem ser interrogados arbitrariamente, que se veem privados de direitos ou sofrem uma limitação nos mesmos enquanto durar a luta contra o terrorismo.

A ordem militar altera muitos princípios fundamentais inerentes aos direitos civis reconhecidos na Constituição e numerosas regras do sistema penal comum. Tanto a organização quanto a administração da justiça por parte de juntas militares constituem direito especial: não somente o ministério público e os juízes, mas também os advogados pertencem ao exército ou são advogados civis selecionados pelo governo, que aceitaram as

¹¹⁶ Ver: Comisión Internacional de juristas, *Jurisdicción militar y Derecho Internacional*, <http://www.icj.org/news.php3?id_article=3254&lang=en>.

¹¹⁷ Ver *Coalition of Clergy contra Bush*, 189 F. Supp. 2d 1036, 1048 (C.D. Cal. 2002), que, em parte, o corrobora e, em parte, o converte em inoperante, no. 02-55367, 2002 WL 31545359, at *10 (9th Cir. 18 de novembro de 2002); desmente o pronunciamento peremptório da Corte de Distrito, segundo a qual os detentos não têm, em nenhum caso, direito a uma revisão conforme o procedimento do habeas corpus, mas confirma que, no caso concreto, os recorrentes careciam de legitimidade; *Rasul contra Bush*, 215 F. Supp. 2d 55, 72-73 (D.D.C. 2002).

¹¹⁸ Ver GOLDMAN, R. K. *Law and the War on Terrorism. The Military Tribunal Order*, *Harvard Journal of Law & Public Policy* [Harv. J.L. P. P]. 25 p. 653; ROMA, G. *Interesting Times for International Humanitarian Law: challenges from the ‘War on Terror’*, 27-Fall, *Fletcher F. World Aff.* 55; IVEY, L. M. *Comment: Ready, aim, fire? The President’s executive order authorizing detention, treatment, and trial of certain non-citizens in the war against terrorism is a powerful weapon, but should it be upheld?*, 33 *Cumb. L. rev.* 107. Para consultar a opinião da ABA, Cfe.: *Task Force on Terrorism and the Law, Report and recommendation on Military Commission* (<<http://www.abanet.org/leadership/military.pdf>>) and *Task Force on Treatment of Enemy Combatants* (<<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/aba/abatskforce103rpt.pdf>>). Veja-se também: *American Law Division*, <<http://www.fas.org/irp/crs/RL31724.pdf>>.

¹¹⁹ GILL, T.; SLIEDREGT, E. van. *Guantánamo Bay: A reflection on the legal status and rights of “unlawful enemy combatants”*, <www.utrechtlawreview.org>, setembro de 2005.

regras do procedimento militar¹²⁰. O procedimento e a composição das comissões, incluída a identidade dos advogados, podem ser mantidas em segredo; não se aplica o *habeas corpus* nem os direitos “miranda”; os direitos de defesa se estão limitados, regem regras probatórias especiais e não há julgamento pelo júri. Foram previstos procedimentos de apelação, mas não perante um Tribunal de Apelação Federal pertencente ao poder judicial: a apelação é apresentada ante um órgão colegiado de caráter militar e a sentença final relativa à culpabilidade e à sanção compete ao Presidente. Portanto, se trata de um procedimento judicial nas mãos do executivo; e isso, por definição, não respeita os requisitos de independência e imparcialidade. A primeira administração Bush aduziu, em defesa do julgamento perante juntas militares, principalmente, que as juntas militares garantem procedimentos rápidos que não põem em perigo informações investigativas secretas, métodos de vigilância e operações, tutelando-se, assim, a segurança nacional. O Governo sustenta, ainda, que as juntas militares oferecem maior proteção aos juízes e às testemunhas contra potenciais ameaças terroristas.

Igualmente, segundo as sucessivas normas processuais e probatórias do *Department of Defense* e do *Departamento de Justiça*, muitos direitos fundamentais do sistema processual e da *Bill of Rights* não são reconhecidos¹²¹: não existe um processo público (os julgamentos se celebram em audiência secreta), os advogados não podem conhecer as testemunhas da parte contrária, não se reconhece seu direito ao sigilo profissional, e necessitam de autorização do *Department of Defense* para falar com a opinião pública. As conversas entre advogados e testemunhas são gravadas e, em matéria de prova, se admite todos os elementos que “teriam valor probatório para uma pessoa razoável”, incluídas as provas *de auditu*. A acusação não está obrigada a comunicar o *iter* de obtenção das provas, o que significa que a origem e o modo de obtenção de tais provas não são controlados. Admitem-se provas secretas FISA e as obtidas mediante vigilância secreta, ante o tribunal, *inaudita altera parte*.

Como consequência do anterior, se teme que sejam utilizadas, na administração da justiça por partes das juntas militares, provas obtidas no estrangeiro mediante tortura¹²².

Uma junta militar – como um jurado unânime – pode ditar julgamento de culpabilidade com uma maioria de dois terços dos votos e, inclusive se a junta logra formular julgamento de não culpabilidade, o Presidente da comissão pode decidir que o imputado era culpado. Só se exige unanimidade para impor pena de morte.

¹²⁰ A National Association of Criminal Defense Lawyers, que se compõe de 11.000 membros, aconselhou a seus associados que não prestassem assessoramento legal e, portanto, rechaçou as limitações interpostas aos direitos de defesa.

¹²¹ Department of Defense Military Commission Order no.1, Procedures for Trials by Military Commissions of certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism, 21 marzo 2002 y Military Instruction n. 8, Administrative Procedures (30 abril 2003), ver: www.defenselink.mil. Este último documento contém as normas aplicáveis. Para uma análise crítica: «http://hrw.org/backgrounders/usa/military-commissions.htm#P18_1065».

¹²² Em maio de 2004, foi ao público que o pessoal militar americano é responsável pela segurança cometiam abusos sistemáticos e aplicavam a tortura nos interrogatórios aos prisioneiros no Iraque. Em agosto de 2004, a Comissão Schlesinger publicou seu informe sobre o escândalo relativo à tortura em Abu Ghraib. Ver: «http://64.177.207.201/pages/8_621.html». Em dezembro de 2004, se supôs de fontes do Red Cross e do FBI essas práticas se produzem também em relação aos prisioneiros de Guantánamo. Ver: «<http://query.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F30910FF3A5A0C738FDDA80994DC404482>» e «<http://www.aclu.org/torturefoia/released/fbi.html>». Para as últimas notícias, ver, também, «<http://query.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F50F14F83B5D0C758CDDA80894DD404482>».

O New York Times, em seu editorial, qualificou, inequivocamente, tais procedimentos como Injustiça Militar¹²³; ao mesmo tempo, os próprios advogados militares começaram a criticar duramente a falta de um processo justo perante as juntas militares¹²⁴. Após a sentença da Suprema Corte nos casos acumulados *Rasul e outros contra os Estados Unidos*¹²⁵, um órgão colegiado formado por três oficiais militares teve que avaliar se a liberdade dos detentos constituía um perigo para a segurança nacional. Numerosos procedimentos de dito órgão foram impugnados ante os juízes federais comuns. Recentemente, a Suprema Corte decidiu no caso Hamdan¹²⁶.

4.3. Ordens secretas do presidente na luta antiterrorista

Em 2006 foram divulgados vários *modus operandi* de uma política antiterrorista secreta estado-unidense que não se contemplavam na *Patriot Act*. Apesar de dispor de uma legislação antiterrorista de emergência, que dava ao Governo muita margem para tomar medidas em segredo, os governos Bush I e II consideraram necessário dar ordens secretas, sem informar ao Congresso. Estas ordens carecem de base constitucional e são, por este motivo, muito contestadas nos Estados Unidos.

Em 2006 se descobriu todo um programa de espionagem interna realizada pela *National Security Agency*, as orelhas do Pentágono. O NSA evitou assim a autorização do tribunal secreto FISA. O FISA foi justamente criado para regulamentar juridicamente operações de escuta secretas. Em agosto de 2006, a primeira *District Court* se pronunciou sobre o assunto¹²⁷, considerando o programa como uma violação do FISA e da Primeira e Quarta Emendas da Constituição. É interessante também constatar que a Corte se nega a aplicar neste caso o privilégio do segredo de estado: “*Although this court is persuaded that Plaintiff have alleged sufficient injury to establish standing., it is important to note that if the court were to deny standing based on the unsubstantiated minor distinctions drawn by defendants, the President’s actions in warrant less wiretapping, in contravention of FISA, Title II, and the First and Fourth Amendments, World be immunized from judicial scrutiny. Is was never the intent of the Framers to give the President such unfettered control, particularly where his actions blatantly disregard the parameters clearly enumerated in the Bill of Rights.*”

A imprensa dedicou muita atenção à detenção de inimigos combatentes no Guantánamo. As Nações Unidas, especialmente seu Comitê de Direitos Humanos, e o Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos, investigam a situação no Guantánamo durante os últimos 18 meses e publicaram um informe muito crítico.¹²⁸ Em 2006, se descobriu também um plano secreto do presidente e da CIA com o objetivo de levar inimigos combatentes a centros de detenção em outros países. Este programa de entrega extraordinária tem como objetivo

¹²³ 24 de março de 2004.

¹²⁴ LEWIS, N. A. Military Defenders for Detainees Put Tribunals on Trial, *The New York Times*, 4 maggio 2004.

¹²⁵ Vide, infra, par. 7.4.

¹²⁶ Cfe. Infra, par. 7.4.

¹²⁷ «http://www.aclu.org/pdfs/safefree/nsa_govt_motion_dismiss.pdf#search=%22District%20Court%202006-10204%22».

CV-

¹²⁸ UN, Commission on Human Rights, Situation of Detainees at Guantánamo Bay, E/CN.4/2006/120.

levar detentos a centros de interrogatório em países de duvidosa reputação, uma forma de *outsourcing* de tortura¹²⁹. Uma ilustração espetacular desta prática é o caso Osama Mustafa Nasr (abu Omar), sequestrado em Milão por parte de 13 agentes da CIA em fevereiro de 2003. Sucessivamente, foi levado à Alemanha e depois ao Egito. As autoridades judiciais de Milão descobriram a atividade ilegal da CIA. As autoridades dos Estados Unidos negaram toda cooperação judicial no caso, incluindo a entrega de identidade ou de documentos.¹³⁰ Sucessivamente, as autoridades judiciais de Milão solicitaram a extradição dos 13 agentes da CIA, porém foi negada pelo governo Berlusconi. Nos últimos meses se descobriu a participação dos serviços secretos italianos no assunto. Foram detidos alguns chefes dos serviços secretos italianos. A solicitação de extradição está de novo no Ministério da Justiça, desta vez sob o governo de Prodi.

No marco do Conselho da Europa, a Comissão Europeia para a democracia através do direito (Comissão *Venice*) adotou, em março de 2006, uma opinião muito crítica sobre as detenções secretas¹³¹, insistindo sobre a responsabilidade dos países europeus pelo não cumprimento de direitos humanos. A Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa nomeou a jurista Marty, que encontrou também indícios de participação de países europeus nas práticas de entregas secretas¹³². Pode-se falar de uma presumida cumplicidade de Estados Membros da União Europeia no sequestro e traslado de suspeitos de terrorismo por parte da CIA a países nos quais não se respeitam as garantias judiciais. Em sua sessão de julho de 2006, o Comitê de Direitos Humanos da ONU avaliou de maneira muito crítica os Estados Unidos em relação à aplicação da Convenção Internacional de Direitos Cíveis e Políticos¹³³. Em sua recomendação 12, insiste na urgência do fechamento imediato de lugares de detenção secreta. O Comitê insta também aos Estados Unidos que tomem todas as medidas para por fim à prática de rendições extraordinárias ou transferências secretas o quanto antes.

Em setembro de 2006, Bush reconheceu abertamente a existência do programa secreto da CIA de entregas extraordinárias, anunciando a transferência de 14 detentos de centros secretos a Guantánamo Bay. Bush também admitiu que foram submetidos a técnicas duras de investigação, qualificadas por ele como necessárias, porém, não ilegais. Indicou claramente que estas técnicas coercitivas serão necessárias no futuro. O Pentágono elaborou um novo manual (*Army field manual*) sobre as técnicas de interrogatório.

¹²⁹ GREENBERG, K.J.; DRATEL, J. L. (eds.), *The Torture Papers : the Road to Abu Ghraib*, 2005.

¹³⁰ Também negaram cooperação judicial no caso Aleman Motassadeq e na investigação judicial sobre os atentados do metrô em Madri.

¹³¹ «http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?CID=90&L=E», Opinion on the internacional legal obligations of Council of Europe Member Status in respect of secret detention facilities and Inter-State transport of prisoners.

¹³² «http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/CommitteeDocs/2006/20060124_Jdoc032006_E.htm», Comité of Legal Affaire and Human Rights, Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers involving Council of Europe member status.

¹³³ CCPR/C/USA/Q/3/CRP.4, 27 de Julho de 2006.

5. Controle Judicial do *Patriot Act* e da legislação especial do Governo

As partes interessadas, os terceiros implicados, as ONGs e as autoridades locais recorreram legalmente à grave limitação dos direitos. Isto gerou uma onda de casos judiciais a nível local e federal.

5.1. Terrorismo e provas impugnáveis no sistema penal comum

Nos casos de terrorismo, o Departamento de Justiça e o Procurador Geral optaram pela jurisdição militar e, em consequência, pelo confinamento dos inimigos combatentes e pelos processos ante juntas militares. Em várias ocasiões, são competentes os juízes penais comuns, como no caso *Zacarias Moussaoui*¹³⁴, relativo a um francês nascido em Marrocos e detido em agosto de 2001 – portanto, anteriormente aos ataques – como suspeito de ter violado leis de imigração. Neste momento, estava recebendo aulas de voo. Após os ataques foi acusado de pertencer à Al-Qaeda e de estar envolvido nos atos terroristas do 11 de setembro. De fato, Moussaoui foi acusado de ser o vigésimo sequestrador que, por casualidade, não embarcou e não permaneceu junto aos outros responsáveis da morte de 3.000 pessoas. Declarou-se inocente e arriscando-se a ser condenado a pena de morte por quatro das seis imputações que lhe foram formuladas¹³⁵. Segundo Moussaoui, numerosas testemunhas, entre as quais Bin Al-Shibh¹³⁶, poderiam demonstrar sua inocência; por isso, solicitou que Bin Al-Shibh fosse ouvido como testemunha. Contudo, o problema consiste em que Bin Al-Shibh, que foi detido no Paquistão, é suspeito de haver atuado como intermediário entre Moussaoui e o Comando de 11 de setembro e, portanto, foi transferido ao estrangeiro, provavelmente a Guantánamo, como inimigo combatente. Suas declarações são secretas e, portanto, não podem ser contraditadas.

Tanto o Tribunal do Distrito como o Tribunal de Apelação da Quarta Circunscrição reconheceram que o direito de Moussaoui – previsto na Sexta Emenda – de inquirir Bin Al-Shibh¹³⁷ faz parte do direito a um processo justo¹³⁸. Neste caso, em janeiro de 2003, o juiz Brinkema do Tribunal do Distrito ordenou que o testemunho fosse gravado em vídeo e que este fosse posto à disposição do júri ou que a testemunha fosse ouvida em teleconferência. O *Attorney General* Ashcroft confirmou o fato de que não seria possível conseguir “a revelação não autorizada de informações secretas” e se negou a aplicar a sentença do Tribunal, posteriormente confirmada em um *affidavit*, na metade de julho de 2003¹³⁹. Os juízes podiam acusar o Governo de não aplicar uma decisão judicial (*contemp of court*) e também podiam declarar o caso Moussaoui inadmissível, excluir parte das provas ou instituir

¹³⁴ Para a informação importante, ver: <<http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index.html #moussaoui>>.

¹³⁵ Ver: <<http://www.usdoj.gov/ag/moussaouiindictment.htm> para las acusaciones>.

¹³⁶ Bin Al-Shibh se encarregou das operações financeiras. Ademais, Moussaoui solicitou que fossem submetidos a interrogatório Abu Zubaydah, no passado chefe de um campo de treinamento no Afeganistão, e Ibn-Al-Shaykh al-Libi, um paramilitar de alto escalão, ambos detidos.

¹³⁷ Ver *Brady versus Maryland*, 373 US 83 (1963).

¹³⁸ A petição foi denegada para as outras testemunhas.

¹³⁹ US will defy court's Order in Terror Case, *The New York Times*, 15 de Julho de 2003.

um júri desfavorável ao Governo, para prevenir uma sentença de pena de morte. O juiz Brinkema optou pela exclusão da pena de morte e por renunciar às acusações relativas ao atentado 11 de setembro, posto que, segundo o juiz, não se podia realizar um processo justo com estes pressupostos; entretanto, permaneceu inalterada a imputação a respeito da conspiração relativa às ações da Al-Qaeda.

Os juristas pro-Bush sustentam que, de acordo com os fatos, a melhor solução teria sido declarar Moussaoui combatente inimigo e transferi-lo à jurisdição militar, onde, em qualquer caso, não poderia beneficiar-se do direito constitucional de ouvir as testemunhas:

“Ainda que os defensores das liberdades civis reprovassem sua transferência a Guantánamo, a verdade é que excluir Moussaoui da jurisdição civil significaria prestar maior atenção à segurança e criar uma barreira protetora, a fim de que os vigentes princípios constitucionais do processo civil não comecem a flexibilizar-se ante o influxo da luta contra o terrorismo”¹⁴⁰. Contudo, o Governo interpôs recurso de apelação contra a sentença perante o Tribunal de Apelação da Quarta Circunscrição, conhecido por sua tendência conservadora¹⁴¹. Em 22 de abril de 2004, o Tribunal decidiu anular a exclusão, seja dos meios de prova, seja da possibilidade de uma condenação à morte¹⁴². Por outro lado, o órgão colegiado de três juízes decidiu que Moussaoui não podia ser privado do direito a inquirir como testemunhas os membros detidos da Al-Qaeda e que tinha o direito de apresentar seu testemunho ante o júri. Ordenou-se ao juiz Brinkman que assumisse o compromisso de inquirir as testemunhas sem prejudicar seu sucessivo interrogatório pelo Governo no âmbito da luta contra o terrorismo. Em março de 2005, a Suprema Corte rechaçou a solicitação de inquirir diretamente como testemunhas aos membros detidos da Al-Qaeda, em Guantánamo Bay. Com esta decisão, se eliminaram os últimos problemas para um julgamento penal comum e para a possível imposição da pena de morte. Contudo, em abril de 2005, Moussaoui decidiu declarar-se culpado (*guilty plea*) em seis acusações de conspiração para cometer os delitos terroristas. Em março de 2006, o caso se complicou de novo, quando se descobriu que a promotoria (fiscalía) tinha conduzido as testemunhas em suas declarações. Certas testemunhas-chave foram excluídas por ordem do juiz Brinkman. Moussaoui foi condenado pelo júri à prisão perpétua.

Enquanto isso, recaiu sentença condenatória contra Richard Colvin Reid, conhecido com *shoe bomber*, e John Walter Lindh, o combatente americano talibã. Reid foi condenado à pena de morte por tentativa de utilização de um meio de destruição em massa, homicídio tentado e interferência ilícita com o pessoal de voo¹⁴³. Lindh, após sua declaração de culpabilidade, foi condenado a trinta anos de prisão por auxílio material a uma organização terrorista proibida¹⁴⁴ enquanto que o resto das imputações¹⁴⁵ desapareceu devido ao acordo processual (*plea agreement*).

¹⁴⁰ COFEY, MR. The case for Military Tribunals, *Washington Times*, 26 de maio de 2003.

¹⁴¹ Ver: «<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/moussaoui/usmouss102403gbrf.pdf>» para a apelação do Governo, na qual foram regularmente eliminadas as referências a fatos concretos ou a documentos, posto que, segundo o Governo, se tratava de informação reservada, essencial para a tutela da defesa nacional.

¹⁴² Ver: *Westlaw*, 2004 WL 868261 (4th Cir. (Va.)).

¹⁴³ Ver: «<http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index2.html#reid> para os textos importantes».

¹⁴⁴ Ver: «<http://www.usdoj.gov/ag/pleaagreement.htm>».

¹⁴⁵ Ver: «http://www.usdoj.gov/05publications/05_2.html» para a acusação inicial.

5.2. Terrorismo, inimigos combatentes¹⁴⁶ e juntas militares

O Governo americano, contudo, transferiu a maior parte dos processos relativos a pessoas suspeitas de delitos de terrorismo da jurisdição penal comum para a militar. Ao declarar os suspeitos inimigos combatentes, estes podem ser mantidos em estado de detenção militar à espera do julgamento ante uma junta militar. Tanto os cidadãos americanos quanto os estrangeiros têm sido considerados inimigos combatentes.

É impossível, neste contexto, examinar com detalhes todas as hipóteses, mas os casos Hamdi, Padilla e Rasul proporcionaram uma ideia do limbo legal em que se acham as pessoas implicadas. Em 18 de junho de 2004, a Suprema Corte ditou uma sentença referindo-se a aspectos cruciais destes casos, que versam sobre a tutela legal seja dos combatentes detidos no Guantánamo, seja dos combatentes inimigos presos e detidos nos Estados Unidos.

Yaser Esam Hamdi¹⁴⁷ foi feito prisioneiro no Afeganistão e, após um breve período em Guantánamo, quando se soube que era cidadão americano, foi transferido a um centro de detenções militar em Virginia. Encontra-se recluso desde abril de 2002, sem uma acusação formal, sem direito a um advogado, sem direito a desfrutar do procedimento de *habeas corpus* etc. Alguns amigos de Hamdi interpuseram ações legais – com êxito diverso – contra o *Department of Defense*. O Tribunal do Distrito¹⁴⁸ nomeou um advogado e ordenou ao Governo permitir a este advogado entrar em contato com o detento e respeitar o direito ao sigilo profissional. No segundo julgamento, o Tribunal de Apelação da Quarta Circunscrição declarou que o Tribunal de Distrito (Hamdi I) não teve a devida consideração para com os interesses da segurança nacional e que a sentença tinha uma motivação insuficiente.

A seguir, o Tribunal do Distrito decidiu que os motivos da detenção – uma declaração do conselheiro militar Mobbs – não bastavam para privar de seus direitos os sujeitos implicados e que o Governo devia permitir o acesso a todos os documentos – entre os quais se achavam as declarações de Hamdi – para serem revisados por um órgão colegiado. Finalmente, ambos os tribunais declararam que a detenção podia ser objeto de controle judicial. Sucessivamente, de novo o Tribunal de Apelação da Quarta Circunscrição¹⁴⁹ (Hamdi II) decidiu que a detenção militar de duração indeterminada não somente era ajustada ao direito, mas que sequer está submetida a controle judicial, desde o momento em que Hamdi foi feito prisioneiro em uma zona de guerra de um país estrangeiro. Portanto, a declaração de Mobbs podia ser considerada prova suficiente. Em janeiro de 2004, a Suprema Corte decidiu aceitar o recurso e dar resposta a algumas questões fundamentais¹⁵⁰. A Corte reconhece as

¹⁴⁶ Cfe. PAUST, J. J. Judicial Power to Determine the Status and Rights of Persons Detained without Trial, 44 *Harv. Int. L. J.*, vol. 503 (2003).

¹⁴⁷ Ver: «<http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index.html#hamdi>» para os textos principais; cfe. também: «http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/briefs/03-6696/03-6696.resp.html».

¹⁴⁸ Hamdi *versus* Rumsfeld, 243 F. Supp. 2d 527 (E.D. Va. 2002).

¹⁴⁹ Hamdi *versus* Rumsfeld, 316 F.3d 450 (4th Cir. 2003).

¹⁵⁰ Formularam-se as seguintes questões: 1. A Constituição permite aos agentes do executivo terem um cidadão americano em estado de custódia militar nos Estados Unidos por tempo indeterminado, tê-lo em estado de isolamento e negar-lhe um advogado, sem dar-lhe oportunidade de negar os fatos de sua detenção ante um tribunal imparcial, pelo mero fato de haver sido preso no estrangeiro, em um cenário de Luta contra o Terrorismo e de haver sido declarado pelo executivo um “combatente inimigo”? 2. A detenção por tempo indeterminado de um cidadão americano, preso no estrangeiro, mas detido nos Estados Unidos, com base na mera afirmação dos agentes policiais governamentais que se trata de um “combatente inimigo”, é admissível segundo as leis do Congresso e as previsões dos tratados? 3. Nos procedimentos

prerrogativas do Presidente e o conceito de combatente inimigo em aplicação da *Authorization for Use of Military Force Act*¹⁵¹. Contudo, este texto não contém previsões relativas à detenção de duração indeterminada, posto que está dirigido à privação de liberdade em áreas de guerra e, ademais, está limitado a uma “força necessária e idônea”. Inclusive, ainda que a detenção fosse legítima, o segundo problema que caberia suscitar é o relativo a identificar quais seriam os direitos constitucionalmente garantidos ao detento para refutar seu estatuto de combatente inimigo. Na aplicação de específicos interesses constitucionais – a saber, as prerrogativas do Presidente e do Governo – o Governo sustentou que devia ser respeitado o equilíbrio de poderes e que o poder judiciário não deve controlar as decisões do executivo.

A Suprema Corte utiliza uma linguagem clara e edificante: “Encontrar um justo equilíbrio constitucional resulta de enorme importância para a Nação durante este período no qual está em curso uma dura luta, mas igualmente resulta de vital importância que nossos cálculos não subestimem os valores que este país tem no coração ou o privilégio em que consiste a cidadania americana. É justamente nos momentos de maior desafio e incerteza que o empenho de nossa Nação para obter um processo justo é posto à prova (...). Temos esclarecido há tempo que um estado de guerra não é um cheque em branco para o Presidente no que se refere aos direitos dos cidadãos americanos”.

A Suprema Corte, portanto, acrescenta que “um processo justo exige que um cidadão detido nos Estados Unidos como combatente inimigo tenha uma verdadeira oportunidade de refutar os fundamentos de sua detenção perante um órgão judicial imparcial”.

O Tribunal expressamente indicou que dita garantia pode ver-se salvaguardada também perante um tribunal militar e que resulta possível inverter o ônus da prova quando ao imputado se confere uma autêntica oportunidade de refutar as provas acusatórias, possibilidade que pressupõe o direito a um advogado. Um interrogatório guiado por agentes de segurança que mantêm uma pessoa em custódia dificilmente representa uma forma de investigar os fatos ante um órgão imparcial que se ajuste à Constituição. É uma linguagem clara, mas o Tribunal se acha dividido em três opiniões divergentes. Principalmente o juiz Thomas formulou duras críticas e sustentou que o poder judicial não devia controlar e valorar as prerrogativas do executivo; que a segurança nacional não devia ser submetida a “uma valoração judicial a posteriori”; que a obtenção de informação no âmbito da luta contra o terrorismo pode exigir a detenção e que o poder judiciário não pode, nem deveria ambicionar julgá-lo.

Em setembro de 2004, Hamdi foi transferido para Arábia Saudita, após a assinatura de acordos bilaterais entre os Estados Unidos e a Arábia Saudita. Perdeu a cidadania americana e não pode abandonar o território Saudita.

O caso *Padilla* resulta interessante, porquanto que foi detido em um aeroporto dos Estados Unidos em vez de em um campo de batalha estrangeiro. José Padilla¹⁵², cidadão

baseados no habeas corpus, que denunciam a detenção por tempo indeterminado de cidadãos americanos presos no estrangeiro, detidos nos Estados Unidos e declarados por agentes do executivo como “combatentes inimigos”, a doutrina da separação de poderes proíbe a Corte Federal de seguir os procedimentos habituais e dirigir uma investigação sobre os fatos que justificam a detenção declarada pelo executivo?

¹⁵¹ *Westlaw*, 2004 WI 1431951 (US).

¹⁵² Ver: «<http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index.html#padilla>» e, para os textos importantes, ver, também, «http://www.jenner.com/news/news_item.asp?id=12539624».

americano convertido ao Islamismo e que, portanto, se fazia chamar Abdullah al Muhajir, era suspeito de ter sido ativista da Al-Qaeda e de ter colaborado para provocar a explosão de uma bomba de dispersão radioativa (*dirty bomb*) nos Estados Unidos. As provas obtidas contra ele eram secretas. Inicialmente, se seguiu contra Padilla o procedimento comum e foi-lhe designado advogado. Contudo, alguns meses depois, o Presidente decidiu que se tratava de um combatente inimigo e, portanto, seu caso foi transferido do Departamento de Justiça para o *Department of Defense*. A Corte do Distrito reconheceu a jurisdição militar¹⁵³ e declarava que Padilla tinha o direito de refutar sua consideração como combatente inimigo mediante o procedimento de *habeas corpus* e, além disso, sustentou que teria direito a um advogado. Ademais, o imputado teria direito a apresentar provas de inocência e de contrapô-las às provas do Governo em um processo contraditório. O *Department of Defense* rechaçou qualquer discussão.

Em segunda instância, em novembro de 2003, o Tribunal de Apelação da Segunda Circunscrição decidiu que Padilla não podia ser considerado como um combatente inimigo e que, após 19 meses de detenção preventiva, sua detenção ilegítima deveria terminar ou a decisão do Presidente deveria ser examinada adequadamente e o Governo devia ter provado os motivos da detenção com suspeitas razoáveis¹⁵⁴. Nesta resolução evidenciou a diferença com o *caso Hamdi*. A Suprema Corte ainda não decidiu sobre ditos extremos¹⁵⁵: o Tribunal considerou que New York, jurisdição competente segundo a justiça comum, era o ponto de partida equivocado, porquanto a jurisdição correspondia a Carolina do Sul, lugar onde se encontrava em estado de detenção militar e onde o *staff* militar responsável ostentava a supervisão direta de suas decisões. Consequentemente, o caso foi reenviado à jurisdição competente. Foram levantadas objeções provenientes de tendências diversas, tendo em vista que a transferência secreta da Justiça à Defesa teve lugar *inaudita altera parte*, em execução de uma ordem presidencial. E isso ao mesmo tempo em que estava sendo solicitado o recurso ao procedimento de *habeas corpus*. Daí que os juízes Stevens, Souter, Ginsburg e Breyer insistiram que fosse esclarecido: “Está em jogo a peça básica de uma sociedade livre (...). A detenção governamental executada para investigar ou prevenir atividades subversivas é a característica da *Star Chamber*, enquanto que o direito à defesa para proteger aos cidadãos de erros do Estado e de injustiça é a essência de um processo justo (...). A detenção de cidadãos subversivos ordenada pelo executivo (...) não pode justificar-se na necessidade de utilizar procedimentos ilegais para obter informação. A detenção em estado de isolamento durante meses constitui um dos ditos procedimentos e é irrelevante que a informação obtida seja mais ou menos equiparável à conseguida com formas mais extremas de tortura”. Em qualquer caso, a jurisdição competente deverá ter em conta a sentença ditada pela Suprema Corte no *caso Hamdi*.

¹⁵³ Cfe.: <http://www.nysd.uscourts.gov/rulings/02CV04445_031103.pdf>.

¹⁵⁴ Ver: <<http://news.findlaw.com/cnn/docs/padilla/padillarums72303padbrf.pdf>>.

¹⁵⁵ Formularam-se as seguintes questões: 1. Se o Presidente, na qualidade de Comandante Supremo das forças armadas e bajo autorização do Congresso para utilizar a força militar, Pub. L. no. 107-40, 115 Stat. 224, tem autoridade para prender e deter um cidadão americano nos Estados Unidos, baseando-se em uma decisão sua de que se trata de um combatente inimigo próximo ao Al-Qaeda, implicado em atos hostis e belicosos, ou se o 18 USC Sec. 4001 (a) proíbe esta forma de exercer a autoridade presidencial. 2. Se o Tribunal de Distrito tem jurisdição frente ao que se interpôs no recurso baseado no *habeas corpus*.

Por último, a Suprema Corte sentenciou nos casos acumulados *Rasul e outros contra Estados Unidos*¹⁵⁶. Os recorrentes, prisioneiros em Guantánamo e cidadãos do Reino Unido, Austrália e Kuwait, foram presos no Afeganistão e no Paquistão no começo de 2002 e foram mantidos em estado de detenção durante 24 meses sem que lhes fosse formulada nenhuma acusação, sem direito a um advogado e sem processo. O Tribunal do Distrito acumulou seus casos¹⁵⁷ e decidiu que podia aplicar a doutrina estabelecida na sentença da Suprema Corte no caso *Johnson contra Eisentrager*¹⁵⁸. Dita doutrina supõe que, quando um estrangeiro se encontra fora da soberania territorial dos Estados Unidos, não existe nenhum meio para poder aplicar-lhe a constituição americana. O Tribunal do Distrito rechaçou que dita doutrina se limitasse a inimigos estrangeiros, esgrimindo que nenhum estrangeiro podia, por exemplo, recorrer a *habeas corpus* fora da soberania territorial dos Estados Unidos. O Tribunal de Apelação Americano da Circunscrição do Distrito da Columbia cassou e reformou a sentença do Tribunal do Distrito¹⁵⁹ e precisou que a Suprema Corte havia confirmado dita doutrina no caso *Estados Unidos contra Verdugo Urquidez*¹⁶⁰. Contudo, a Suprema Corte sustentava que os Estados Unidos, apesar de não disporem de plena soberania sobre o caso, ainda teriam jurisdição de forma plena e exclusiva. Isso significa que, nos Estados Unidos, os juízes federais são plenamente competentes para decidir sobre a legalidade das detenções e sobre a aplicação das garantias constitucionais. Com esta importantíssima sentença, a Suprema Corte pôs fim ao limbo legal de Guantánamo e restabeleceu o direito ao *habeas corpus* no seio deste sistema de isolamento e de confinamento militar administrativo. De toda forma, teremos que ver como os tribunais e as Cortes dos Estados Unidos vão aplicar os direitos civis à luz das prerrogativas presidenciais em matérias como assuntos exteriores, guerra e proteção da segurança nacional. O caso *Hamdi* pode servir como referência quando se dão os pressupostos assentados na decisão (por exemplo, a legalidade de uma prisão ou de uma detenção, o direito a um advogado, as petições rechaçadas). Contudo, não está claro se dita sentença será aplicada com relação aos direitos dos detidos pelos americanos em centros militares na África, etc., ao ter abandonado a Suprema Corte o critério da jurisdição territorial e tê-lo substituído pelo seguinte: “o *habeas corpus* opera no âmbito de quem detém o prisioneiro, não no do próprio prisioneiro, de modo que os juízes operam ‘no âmbito de sua respectiva jurisdição’ se o guardião pode ser perseguido pelo mesmo procedimento”. O juiz Scalia, discrepando radicalmente, sustentou o âmbito aplicativo geral do *habeas corpus*. Essa resolução explicativa é extensa e nela se explica porque o juiz concluiu empregando a expressão “divirjo”, em vez da fórmula usual “com respeito divirjo”. Assim, manifestou que “para este Tribunal criar, em tempo de guerra, um modelo tão terrível, contrário à confiança depositada pelo nosso comandante militar em lei

¹⁵⁶ Ver: <<http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-334.pdf>>. Formulou-se a seguinte questão: “Se os juízes dos Estados Unidos carecem de jurisdição para valorar os desafios da legalidade surgidos pelas detenções de cidadãos estrangeiros presos no estrangeiro, coincidindo com as hostilidades, e prisioneiros na base naval de Guantánamo, em Cuba”.

¹⁵⁷ 215 f. Supp. 2d 55.

¹⁵⁸ *Johnson versus Eisentrager*, 339 US 763 (1950). Veja, *supra*, item 6.2.

¹⁵⁹ 321 f.3d 1134.

¹⁶⁰ *Estados Unidos contra Verdugo-Urquidez*, 494 US 259 (1950). Este caso se vê atraído (oficialmente denominado ‘abduction’) por parte das autoridades americanas no México.

anterior, formulada de modo claro, é empirismo judicial da pior espécie”. Igualmente, o juiz solicitou ao Congresso para que intervisse legislativamente.

A primeira administração Bush acreditou que acatava a vontade da Suprema Corte, adotando um procedimento secreto de controle perante um órgão colegiado de três oficiais militares, chamado de tribunal de revisão do estatuto de combatente, cuja missão era valorar se a liberação dos detidos constituía um perigo para a segurança nacional. As decisões de dito órgão não necessitam ser motivadas e são inapeláveis¹⁶¹. Em dezembro de 2005, cerca de 210 casos foram examinados por este órgão; dois deles foram postos em liberdade, enquanto que muitos deles se negaram a colaborar se não tinham direito a um advogado independente, nem acesso aos documentos. É duvidoso que este sistema garanta “uma justa e verdadeira oportunidade ante um órgão judicial imparcial” e, desde o princípio, surgiram problemas em torno da independência de alguns oficiais militares e a respeito do procedimento. Este é o motivo pelo qual numerosos procedimentos de dito órgão colegiado foram recorridos ante juízes federais comuns. Assim, também o fez Hamdan, um afegão capturado no Afeganistão e transferido a Guantánamo e suspeito de haver cometido atos terroristas como motorista pessoal do Bin Laden. Ele teve confirmado seu estatuto de combatente inimigo pelo “tribunal” militar de revisão. Em novembro de 2004, o juiz de distrito americano Robertson, em uma apelação em *habeas corpus*, emitiu uma ordem de suspensão do procedimento militar, até que um tribunal competente houvesse decidido sobre seu estatuto de prisioneiro de guerra à luz da Convenção de Genebra de 1949 sobre o tratamento de prisioneiros¹⁶². Contudo, em apelação a *United States Court of Appeals* do Distrito de Columbia¹⁶³ decidiu, em julho de 2005, que havia autorização suficiente de parte do Congresso para as juntas militares e que a Convenção de Genebra de 1949 não outorga a Hamdan o direito de aplicá-la em tribunais nacionais. Segundo a *Appeal Court*, a decisão da Suprema Corte no caso *Rasul et alia* não converte a Convenção de Genebra em uma norma aplicável em tribunais nacionais. A *Appeal Court* vai mais longe ainda, ao ressaltar que até em uma eventual aplicação da Convenção seria duvidoso o impacto da Convenção neste caso, por não conter uma definição clara de conflito armado em situação de guerra civil. Finalmente, a *Appeal Court* sublinha que Hamdan sempre pode recorrer aos tribunais federais comuns, depois de haver esgotado todos os recursos nos tribunais militares. Em junho de 2006, a Suprema Corte declarou, no caso *Hamdan v. Rumsfeld*¹⁶⁴, que as juntas militares violam as leis dos Estados Unidos e o art. 3º da Convenção de Genebra¹⁶⁵. A decisão não implica no fechamento de Guantánamo, ou na proibição do uso das cortes marciais ou de juntas militares.

Em primeiro lugar, a Suprema Corte julga um assunto importante de admissibilidade. O governo aprovou o *Datainee Treatment Act*¹⁶⁶. A Seção 1005 (e) regulamenta a *revisão*

¹⁶¹ LEWIS, N. A.; SANGER, D. E. Administration changing review at Guantánamo Bay, *The New York Times*, 1 julho 2004.

¹⁶² Ver: «<http://news.findlaw.com/usatoday/docs/tribunals/hamdanrums110804opn.pdf>».

¹⁶³ United States Court of Appeals for the District Court of Columbia Circuit, 15 de julho 2005, «<http://pacer.cadc.uscourts.gov/docs/common/opinions/200507/04-5393a.pdf>».

¹⁶⁴ «<http://www.hamdanrumsfeld.com/05-184.pdf>».

¹⁶⁵ Uma decisão de 5 juízes contra 3.

¹⁶⁶ DTA, Pub L 109-148, 119 Stsa. 2739, «<http://jurist.law.pitt.edu/gazette/2005/12/detainee-treatment-act-of-2005-white.php>».

judicial de detenção de inimigos combatentes. Exclui jurisdição de *habeas corpus* e dá exclusividade à (conservadora) *Court of Appeals do District of Columbia* para julgar a validade das decisões finais sobre o estatuto de combatentes inimigos. Trata-se de uma jurisdição exclusiva, que está limitada a um controle jurisdicional *ex-post* contra a decisão final de uma junta militar. A Suprema Corte considera que o *Detainee Treatment Act* não tem como consequência que o precedente de Hamdan (um caso pendente no momento da entrada em vigor do *Detainee Act*) seja excluído de sua jurisdição. A Suprema Corte sublinha que sua decisão se impõe, já que se trata da legalidade e legitimidade das juntas militares e seu procedimento. Juiz Scalia elaborou uma contundente opinião dissidente. O primeiro argumento de mérito do Tribunal trata da compatibilidade das juntas militares, especialmente sua ordem nr.1 sobre os procedimentos com o estatuto da justiça militar, o *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ). Trata-se, em particular, da possibilidade de excluir o acusado de estar presente e de conhecer as provas secretas. Por esta via se podem introduzir no julgamento, de maneira secreta, provas em forma de *auditu* (*hearsay*) obtidas de maneira coercitiva. Além disso, as testemunhas não precisam jurar declarar a verdade. A Suprema Corte não vê motivo algum para desviar o procedimento regular dos tribunais militares. Em terceiro lugar, a Suprema Corte declara que o art. 3 das Convenções de Genebra é aplicável e que os Estados Unidos têm que cumprir com o direito internacional consuetudinário. Hamdan tem que ser julgado por uma *regularly constituted court*, que pode ser um tribunal militar, e segundo procedimento que cumpra com o direito internacional costumeiro. Em todo o caso, o acusado deve ter direito a estar presente durante seu julgamento e a conhecer as provas contra ele apresentadas. A Suprema Corte impõe a obrigação de comunicar qualquer informação com valor probatório ao acusado, salvo exceções legalmente regulamentadas. Por estes motivos, a Suprema Corte considera que as juntas militares em vigor violam tanto leis dos Estados Unidos como da Convenção de Genebra.

A decisão da Suprema Corte é um golpe duro para o governo Bush, mas um golpe em certa medida reparável. A Suprema Corte indica a miúdo que se trata de um problema de base legal por parte do Congresso. O Congresso poderá regulamentar as juntas militares e elaborar sua relação com os tribunais militares. Bush reconheceu em primeiro lugar que os inimigos combatentes de Guantánamo Bay são prisioneiros de guerra, o que lhes dá perspectiva de direitos sob as Convenções de Genebra e proteção por parte da Cruz Vermelha. Se podia esperar que o governo Bush fosse buscar maioria no Congresso para salvar as juntas militares, dando-lhes base legal suficiente e adotando seus procedimentos. Bush anunciou em setembro a transferência de suspeitos de terrorismo de detenções secretas a Guantánamo, com o objetivo de julgá-los por juntas militares. Em consequência, apresentou uma nova legislação no Congresso para regulamentar as juntas militares. A lei foi objeto de forte oposição por parte de um grupo republicano no Senado, que queria a aplicação completa do art. 3º das Convenções de Genebra que exclui métodos coercitivos de interrogatório, utilizados pelo FBI e pela CIA. Ao final de setembro a Casa Branca e o Congresso realizaram um acordo político e o texto foi adotado pelas duas Câmaras. Não houve oposição dura por parte dos democratas. A nova lei, o *Military Commissions Act of 2006 (MCA)*¹⁶⁷, legaliza as juntas militares, conservando todo um *corpus* de regras específicas sobre provas secretas que substituem os procedimentos de tribunais militares. A lei nega também qualquer forma de

¹⁶⁷ «http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=109_cong_bills&docid=f:s3930enr.txt.pdf».

habeas corpus, dando jurisdição exclusiva de apelo, somente contra a decisão definitiva, à *Court of Appeals* do *District of Columbia*. A detenção *sine die* se legaliza. Também se nega aos detidos qualquer direito derivado de tratados internacionais, incluindo os Tratados de Genebra. No texto final, os senadores republicanos opostos ao projeto inicial obtiveram somente a proibição de informação obtida por interrogatório duvidoso como prova se o método de interrogatório não violava o *cruel, unusual or inhuman treatment or punishment*, como se proíbe nas Emendas 5,8 e 14 da Constituição¹⁶⁸. Porém o *Military Comissions Act* define também o conceito de *cruel, unusual or inhuman treatment or punishment*, limitando-o a práticas severas ou graves. Para formas não sérias ou severas, se autoriza o presidente a elabora-las em um *federal order*, que será publicado no *federal register*. Na realidade o MCA legaliza interrogatórios coercitivos e o uso desta informação como prova, que são considerados pelo direito internacional como *tortura or unusual or inhuman treatment or punishment*, salvo quando se trata de violações sérias ou graves, que se tipificam no MCA como crimes de guerra. A limitação a *graves breaches* deixa à administração Bush uma ampla margem para legalizar práticas ilegais de interrogatório, do ponto de vista do direito internacional. O MCA legalizou uma justiça de emergência para combatentes do inimigo, deixando de fora certos direitos fundamentais da Constituição (como o *habeas corpus*) e excluindo textualmente a aplicação do direito internacional nos Estados Unidos.

6. Conclusão

Em 1998, o magistrado da Suprema Corte William Rehnquist sustentou que os direitos civis podem ser limitados nos períodos de emergência¹⁶⁹; contudo, durante uma conferência na *New York City Bar Association*, o magistrado Stephen Breyer (também desta Corte) afirmou que a Constituição devia ser respeitada em todo momento e, quiçá, com maior intensidade, nos períodos de emergência¹⁷⁰. Estas opiniões de dois juízes desta Corte evidenciam o principal aspecto problemático da questão: até que ponto a Constituição americana permite a aplicação de legislação especial em períodos de crise (guerra, motins, estado de emergência)? Evoca assuntos enfocados nos anos 1920-1930 na República de Weimar, e a teoria de Carl Schmitt¹⁷¹ sobre o estado de emergência. Podem deixar de ser observados em relação a alguns cidadãos fundamentos do princípio da legalidade, como o princípio da igualdade perante a lei e o direito a um processo justo? Resultam compatíveis com a Constituição provas secretas, processos secretos, detenções administrativas e poderes discricionários de amplo alcance? De que forma o poder legislativo e o executivo ficam submetidos ao controle judicial com a aplicação da legislação especial?

¹⁶⁸ Para informação obtida antes da entrada em vigor do Detainee Treatment Act (dezembro 2005) é suficiente que os juízes militares considerem a informação de valor probatório confiável e no interesse da justiça.

¹⁶⁹ W. H. REHNQUIST, *All the Laws but One: Civil Liberties in Wartime*, (1998).

¹⁷⁰ S. G. BREYER, 'Liberty, Security, and the Courts' *Association of the Bar of the City of New York*, New York, 14 de abril de 2003.

¹⁷¹ SCHMITT, C. *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Duncker und Humblot, Berlin, 4.Auflage 1997; SCHMITT, C. *Der Begriff des Politischen: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Duncker und Humblot, Berlin, 7.Auflage, 2002. (5.Nachdruck der Ausgabe von 1963). Ver também AGAMBEN, G. *Stato di eccezione*, Homo sacer, II, 1, Bollati Boringhieri, Torino, Prima edizione, maggio 2003.

A legislação especial do Congresso e do Presidente de 11 de setembro de 2001 não é, no fim das contas, a única na história dos Estados Unidos; dita legislação supõe uma aplicação das prerrogativas presidenciais reconhecidas na Constituição no âmbito da defesa, da segurança e do comércio exterior. Contudo, temos assistido a uma mudança evidente: o Congresso optou por delegar amplamente poder ao executivo, aprovando grande quantidade de leis em branco que o executivo pode interpretar discricionariamente e sem nenhum mecanismo de controle político previsto. Foi precisamente na aplicação destas leis quando a primeira administração Bush concentrou toda a retórica contra a guerra e terrorismo; o lema era “derrubar as leis para chegar ao diabo”. Portanto, já que o Estado constitucional, os direitos fundamentais e as garantias legais reconhecidas pelo mesmo supõem um obstáculo, o que procede é suprimi-las (temporariamente), privilegiando a segurança nacional. Ademais, o executivo não se mostra especialmente inclinado à transparência e trata de manter em segredo a informação relativa à legislação, à administração e ao exercício da justiça. Sob o mandato da primeira administração Bush, esse secretismo excedeu todos os limites e estendeu ao máximo aspectos essenciais do princípio da legalidade: uma legislação acessível, uma maior abertura do Governo e uma administração pública da justiça. O isolamento passou a fazer parte do sistema e inclusive os advogados tiveram sérias dificuldades para poder exercer sua profissão, enquanto o princípio da legalidade era erodido constantemente em áreas da segurança. O secretismo obscurece a luz da justiça e faz com que os postulados essenciais do iluminismo e do moderno direito penal se vejam obscurecidos.

A Comissão de 11 de setembro não recomendou nenhuma mudança a respeito; somente sugeriu incrementar as obrigações de prestar contas ao Congresso. Tais mandatos foram incorporados na *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act* (IRTPA) de 2004. O Título VI¹⁷² contém disposições relativas às demandas do *Attorney General* para que as comissões de *intelligence* informem ao Congresso sobre a atualização de medidas coercitivas (vigilância eletrônica, confiscos pessoais, *pen registers*, acesso a gravações) previstas na FISA, sobre autorizações secretas e uso de informação-FISA em procedimentos penais. A IRTPA estabelece, igualmente, um *Board on Safeguarding Privacy and Civil Liberties*. Este órgão teve acesso a toda a informação relevante das agências mais importantes, porém a lei dispõe, de modo explícito, que tal órgão atua sob a responsabilidade do NID e do Presidente, e que o NID – prévia consulta ao *Attorney General* – pode decidir não divulgar certa informação, como reservada ou antiterrorista, para proteger a segurança nacional. Assim, as liberdades civis não aparecem garantidas de todo por um órgão que faz parte do executivo, que simplesmente tem acesso a informação e que exercita suas funções somente se isso resulta compatível com os interesses prioritários da segurança nacional. De novo a tutela das liberdades civis depende da segurança.

Além do direito penal secreto, obviamente, existem numerosas ingerências no direito penal substantivo e no procedimento penal. O direito penal distingue entre cidadãos comuns e inimigos; o direito penal do inimigo (combatentes inimigos, estrangeiros inimigos) se funda em postulados que provêm do direito penal dos anos 20 e 30, baseados mais na perigosidade do que na ilegalidade. Mezger¹⁷³, por exemplo, falava de *Täterstrafrecht*, *Lebensführungsschul* e *Lebensentscheidungsschuld*: o direito penal objetiva algumas

¹⁷² Seção 6002.

¹⁷³ MEZGER, E. Die Straftat als Ganzes, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 57, 1938, p. 689.

categorias de cidadãos baseado na raça, na fé religiosa ou na nacionalidade e não assume nenhuma relevância se o direito penal intervém *post* ou *antedelictum*. A criminalização dos estrangeiros inimigos ou dos combatentes inimigos, assim como o perverso conceito de guerra preventiva e de investigação preventiva no âmbito da justiça, se enquadram neste contexto¹⁷⁴. No sistema processual penal opera uma distinção entre procedimento comum e procedimentos FISA; a extensão do procedimento especial FISA, secreto e baseado na atividade investigadora de *intelligence*, cresce constantemente *ratione materiae et personae*, até o extremo de equiparar-se ao procedimento de investigação ordinário, inclusive nos casos nacionais. A *Patriot Act* tem garantido ao FBI a possibilidade de utilizar o direito penal FISA na luta contra o terrorismo nacional. Se ampliaram métodos especiais secretos de investigação e, dado que cada vez com mais frequência se vinculam a procedimentos perante um tribunal ou *inaudita altera parte*, se garante o segredo de muitas provas. Além disso, foram também ampliados os poderes de investigação dos serviços de *intelligence* e as informações obtidas podem ser utilizadas como provas secretas.

A primeira administração Bush foi acusada de conferir um *status* permanente à legislação de emergência, de expandir em excesso os poderes de polícia e inclusive de reconduzir a luta contra a droga para o âmbito da legislação antiterrorista. E, de fato, ainda que o governo Bush II tivesse que lutar duro no Congresso, salvou quase a integralidade do *Patriot Act*. Somente teve que aceitar uma autorização prévia judicial para as *security letters*, que obrigam às bibliotecas a coletar informação sobre seus usuários.

Recentemente, se descobriram programas secretos de luta antiterrorista. As imagens de Abu Graib, Guantánamo Bay se complementam com imagens de voos secretos da CIA¹⁷⁵ e centros de detenção secretos especializados em técnicas de tortura. As conquistas do Iluminismo e da Revolução Francesa, tão apreciados pelos Pais Fundadores da Constituição americana, parecem haver-se perdido nas atuais políticas antiterroristas.

Nos últimos tempos, a Suprema Corte se pronunciou para evitar que a preocupação com a segurança relegue ou marginalize o Estado Constitucional. O problema é se o Tribunal foi suficientemente claro e contundente a respeito.

Somente se poderia esperar que tanto o poder judicial como o legislativo fossem plenamente conscientes de que debilitar o Estados Constitucional e os direitos e liberdades civis é o pior modo de enfrentar uma das ameaças mais graves que pairam sobre o Estado. Com a aprovação do *Military Commissions Act* o Congresso deu uma base legal à política de segurança do executivo, deixando uma ampla margem ao governo Bush para definir a aplicação dos tratados de Genebra e excluindo o *habeas corpus*. A Suprema Corte continua sendo o único órgão consciente do perigo que correm os valores do estado de direito e das liberdades públicas.

¹⁷⁴ Ver: «<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>», The National Security Strategy of the USA, 2002.

¹⁷⁵ O programa de secret redition ou entrega secreta.